

RIKOSOIKEUDELLISESTA HUOLIMATTOMUUDESTA
JA
HUOLESTA RIKOSOIKEUTEEN

Juho Rankinen

Akateeminen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi salissa PII, Porthania, lauantaina 21.11.2020 klo 12.

Ohjaajina Sakari Melander & Kimmo Nuotio. Esitarkastajina Juha Karhu & Jussi Tapani. Vastaväittäjinä Jussi Matikkala & Tatu Hyttinen.

ISBN 978-951-51-6760-6 (nid.)

ISBN 978-951-51-6761-3 (PDF)

ABSTRACT

The study concentrates on *negligence* as a positive fault requirement in the Finnish criminal law. The hermeneutical aspiration of the study is to understand this concept and a form of legally relevant fault – i.e., to understand *what is criminal negligence*. This requires some kind of understanding what is criminal law, and law in general.

Merely the aim to understand the law leads this study into enormous philosophical problems. According to this study, law is something far too complex, ambiguous and even mysterious to be grasped by this study, or the undersigned researcher. And so is also the Finnish criminal law, and eventually negligence. Consequently, the study is plunged into a pluralistic, eclectic and in many ways paradoxical cavalcade of perspectives and points of view. It cannot claim to possess some kind of absolute truth, neither concerning law, nor criminal law, nor negligence. Still, it hopes to advance our understanding concerning these issues. It has to resign itself to *better* understand negligence.

The study is composed of five main sections. The first one frames the methodological and ethical theses for the research. The second one (PART I) examines the tradition of Finnish criminal law and different kinds of manners in which criminal negligence has already been researched. The third one (PART II) sketches a basic model in which more specific criminal law doctrines concerning fault and responsibility may be placed, and how criminal negligence may be thought as a coherent whole. The fourth one (PART III) draws conclusions from the basis of this model, trying both to apply it to questions of negligence in practical legal reasoning, and also to justify this model. The final section turns (back) to the eternal questions about legal knowledge, interpretation and belief.

This study both assumes and also tries to show and even demonstrate the aporetic nature of law and its openness to interpretations. It aims to do this tangibly, rambling around in the mass of various researches, interpretations and perspectives concerning criminal negligence. A couple of pages abstract is probably one of the best ways to misunderstand this kind of enterprise. So, one page as an abstract will do.

*En tunne teistä montakaan
Ja tunne mua ette ollenkaan
Mut samaa laulua kun lauletaan
On kuin tunnettu ois vuosia*
(Juhani Tikkanen, Viihdyttäjä)

ALKUSANAT

Perustuslakimme 16.3 §:n mukaan niin tieteen kuin taiteenkin vapaus on turvattu. Moni toistuvien apurahahakemusten, kelvottoman työnohjauksen, yliopistohallinnollisen työtaakan, masennuksen ynnä muun vastaavan kanssa kamppaileva tutkija tietää – sir James Mathew’n nimiin laitettua sanontaa seuraillen – , että muodollisen ja todellisen Ritz-Carltonissa yöpymisen vapauden välillä vallitsee usein käsinkosketeltavia eroja. Vertaiskokemusten kuuleminen tiedemaailman kollegoilta¹ lisääkin tällä hetkellä tuntemaani syvää kiitollisuutta. Koen nimittäin viettäneeni suurimman osan omasta väitöskirjaprojektistani suoranaudessa hääsviitissä.

Tästä on kiittäminen ensinnäkin työnohjaajiani Sakari Melanderia ja Kimmo Nuotiota, joilta uskon saaneeni parasta, mitä akateeminen noviisi voi ylipäänsä opettajiltaan saada: *itsenäisyyden*. Sakke ja Kimmo, haluan kiittää teitä siitä hämmästyttävästä pitkämielisyydestä ja ymmärryksestä, jota olette vuodesta toiseen minua kohtaan osoittaneet antaessanne minun kypsyttellä rauhassa ajatuksiani, jotka eivät aina liene olleet lainkaan teille valtavan mieleisiä. Kaikesta myöhemmillä sivuilla esitetystä huolimatta tunnen perustavanlaatuista nöyryyttä ja kiitollisuutta ennen kaikkea siitä luottamuksesta, josta olen oppilaananne saanut nauttia. Minulla on usein huomattavia vaikeuksia tulla ohjatuksi (saati johdetuksi) sanoin. Yksinkertaisena miehenä ymmärrän huomattavasti paremmin esimerkkiä. Haluan kiittää ennen kaikkea siitä esimerkistä, jota olette nämä vuodet näyttäneet – ja Jukka Hankamäkeä² mukaillen myös *niistä kymmenistä, ehkä jopa sadoista hyvistä neuvoista ja ohjeista, jotka olette malttaneet jättää mainitsematta*.

Ohjaajieni ohella haluan kiittää jonkinlaiseksi akateemiseksi isäahmoksi mieltämäni Dan Frändeä. Det har varit en ära att följa med till oaser av straffrättstänkande, till exempel Freiburg. Tack för att du har bjudit mig med! Med tanke på Freiburg vill jag också tacka Gustaf Almqvist. Jag har aldrig träffat någon annan människa med motsvarande (((straff)rätts)vetenskapligt) förstånd. Jag är glad för att få kalla dig som en vän.

Haluan kiittää myös Raimo Lahtea, jonka esimerkillä on ollut suuri vaikutus siihen, miten haluaisin itsekini kyetä rikosoikeustiedettä tekemään. Muistan ennen kaikkea niitä muutamaa kanssasi käytyä keskustelua, joiden kautta olen saanut nähdä, mitä tarkoittaa elämäkokemukseen pohjautuva, syvälinen ja aito *huoli* oikeuden ja oikeudenmukaisuuden toteutumisesta, ja toteuttamisesta.

Vielä minun on tietysti kiittäminen työni esitarkastajia Juha Karhua ja Jussi Tapania sekä vastaväittäjiksi lupautuneita Jussi Matikkalaa ja Tatu Hyttistä. Olen äärimmäisen kiitollinen kaikesta jo nyt saamastani palautteesta ja odotan innolla myös väitöstilaisuutta, jossa tekemisiäni koetellaan todistajienkin läsnä ollessa.

Akateemisista sankarihahmoista minun on *viimeisenä* kiitettävä Juha-Pekka Renttoa, taituria, joka kerta toisensa jälkeen onnistuu yhdistämään silmiäsärkevän ulosannin sydämen särkevään sisältöön – (nyky)maailmalle vieraan ulkokuoren elämänmakuiseen, ehkä sitten ikuiseen, filosofiaan. Toivosi ei ollut turha. Työsi ovat

¹ Ks. esim. Kirjeitä nuorelle tutkijalle – kannanottoja tutkijan arjesta (2011) sekä Välvirronen 2019 s. 3–8.

² Hankamäki 2008 s. 12.

helpottaneet mitä suurimmassa määrin omaa vaellustani. Joskaan tämä ei ehkä tapahtunut aivan alkuperäisen suunnitelmasi³ mukaisesti...

Kaltaiseni moraalisesti ja filosofisesti tiedostavaksi yksilöksi itseään luulottelevan ihmisparan on helppo kaiken muun ohella luulotella taloudellisia realiteetteja ei ehkä merkitykselliseksi, mutta vähintäänkin toissijaisiksi ja jotenkin mielenkiinnottomiksi sivuseikoiksi. Väitöskirjan kirjoittaminen on pyyhkinyt tällaiset harhaluulot pitkälti pois. Helsingin yliopistolta sekä makarna M. och Hj. Granfelts stipendiefondilta saamani matka-apurahat ja ennen kaikkea Suomen kulttuurirahaston myöntämä kolmivuotinen tutkimusapuraha ovat näytelleet hyvin ratkaisevaa roolia siinä, että tutkimukseni on muotoutunut sellaiseksi kuin se on. Pitkäjänteinen rahoitus on mahdollistanut paitsi itse tutkimisen myös sen, että tutkiminen on voitu toteuttaa suhteellisen riippumattomasti siitä, kuka sattuu milloinkin tutkimisen tavastani pitämään. En usko, että lopputulos olisi sellainen kuin se nyt on, mikäli erinäisiä rahoittajia olisi pitänyt kerran vuodessa, tai puolessa, vakuutella siitä, että tähän tutkimukseen (saati tähän tutkijaan) kannattaa rahojaan laittaa. Kiitos siis Kulttuurirahasto, Granfeltit ja yliopisto! Rahoilla on hankittu lähinnä ruokaa, vaippoja, auto ja asunto. Vähintäänkin olette siis tulleet tukeneeksi lapsiperheen arkea, mikä ei varmasti nykypäivänä ole huonoin mahdollinen sijoitus!

Uskoakseni, kaikki keskeiset persoonani liittyvät ja sitä kautta myös tätä teosta raskauttavat tapahtumat ajoittuvat ikävuosiini välillä 15–20. Tuolloin on nuoren miehen mieli vielä vastaanottavainen, ja moni nuori mies myös itseni tavoin altistuu maassamme kahdelle hyvin kokonaisvaltaiselle kokemukselle: rippikoululle ja asepalvelukselle. Minulla on ollut onni suorittaa molemmat mitä parhaimmassa seurassa. Haluan kiittää Karkun evankelista opistoa, jossa koen muodostaneeni pohjan sellaiselle epävarmuuden sietämiselle, jota tässäkin teoksessa suoritettavat temput edellyttävät. Utin jääkäriyksen haluan puolestaan kiittää niin itsekurin kuin itsesäällissä kieriskelyni merkityksen ja monimutkaisen vuorovaikutussuhteen opettamisesta. Ilman näitäkään ei tämä työ olisi valmistunut.

Muut, ja erityisesti edellistä aiemmat, edelleenkin nyt kyseessä olevan teoksen kannalta olennaiset kokemukset jäävät huomattavasti jäsentymättömämmiksi ja suttuisemmiksi. Uskoakseni minun on kuitenkin syytä kiittää vähintäänkin:

- Helsingin käräjäoikeutta, jossa sain oppia, mitä kaikkea ihmisten juridinen kohtaaminen saattaa tarkoittaa,
- Freiburgia sekä sen Ulkomaisen ja kansainvälisen rikosoikeuden Max Planck -instituuttia, jossa sain oppia, mitä merkitsee niin luonnon kuin ajattelunkin rehevyys ja runsaus,
- äitiäni, joka kehotti piirtämään,
- ja isääni, joka opetti, ettei toista ihmistä voi vakavissaan mennä kohtaamaan ainoastaan itse luotiliiviin sonnustautuneena.

Tutkimuksen teko on kahtiajakoista työtä. Yhtäältä se tarjoaa inspiroivan mahdollisuuden itsensä toteuttamiseen – (vähintäänkin siis *muodollisen*) vapauden

³ Rentto 1990 s. 151.

tehdä juuri niin hyvää tutkimusta kuin mihin pystyy – vapauden ajatella juuri niin hienosti kuin itselle on ikänä mahdollista. Toisaalta se on omiaan ohjaamaan ihmismieltä itsekkyyteen, väsymykseen, kyynisyyteen ja kateuteen. Valitettavasti tästä kaikesta aiheutuvat lieveilmiöt tuntuvat jakautuvan tutkijan ja tämän lähipiirin osalta perustavanlaatuisen epätasaisesti. Moni viimeisten viiden vuoden aikana elämäni päivä on alkanut akateemisella huvittelulla yliopistolla ja päättynyt pikkumaiseen riitelyyn kotona – puhumattakaan niistä ystävistä ja sukulaisista, joita en ole kaiken viisasteluni huumassa ehtinyt edes tavata, tai edes ajatella. Kiitos kaikesta tuesta ja ymmärryksestä niin ystävät kuin sukukin – ennen muuta Rufus, Nils ja Lars, mutta myös Antsu & Joanna, Juhani & Johanna, Perttu & Sanna, Ville & Laura, Jaakko & Krista, ja edelleen moni moni muu.

Tämä teos on mitä moninaisimmissa merkityksissä *mea culpa*.

Sonja, olisi groteskia edes yrittää näiden musteläiskien avulla ilmaista sitä iloa ja rakkautta, jota sinulta joka päivä saan. Så, jag skall hellre försöka visa det på något annat sätt. I alla fall: jag älskar dig!

Ihmiset ovat erilaisia. Moni voi kokea stressin ja paineen siivittävän yhä parempiin tuloksiin. Itseni kohdalla näin saattaa olla lyhytkestoisemmissa suorituksissa. Olen vakuuttunut, että noin viiden vuoden väitöskirjatyöskentelyn osalta jatkuva stressi olisi johtanut vielä nykyistäkin ylitsepääsemättömämpään loppuun palamiseen ja mielenterveydellisiin häiriöihin. Johtuen väitöskirjatyöskentelyn epämääräisyydestä ja alituisesta epävarmuudesta vaanii painostava ilmapiiri jatkuvasti. Suurin syy sille, että kirja on lopulta valmis, on uskoakseni se, että pinnallisen stressin taustalla minulla on kuitenkin aina lopulta ollut rauha. Suomalainen hyvinvointivaltio pitää minusta huolta, vaikken kykenisi antamaan sille enää yhtään työvuotta. Minulla on perhe, joka välittää ja rakastaa. Loppujen lopuksi minulla on Jumala, joka armahtaa. Ilman näitä – ilman tätä rauhaa – en näe minkäänlaisia mahdollisuuksia, että olisin nyt tässä. En olisi, enkä haluaisikaan olla. Olen saanut tehdä työtä – välillä kovaakin – levosta käsin.

Kaiken tämän keskellä tuntuisi hölmöltä ja jollain hyvin perustavanlaatuisella tavalla vastenmieliseltä varustaa työni ainoastaan omalla allekirjoituksellani – kuin se olisi muka jonkinlainen oma yksityinen ansioni. Ei se sellaista ole. Se on muiden mahdolliseksi tekemä kyhäelmäni, jonka osalta hartaaksi toiveekseni jää, etten olisi näitä saamiani mahdollisuuksia mennyt ainakaan ihan täysin turmelemaan.

Monimerkityksisessä maailmassa merkityksiä voi nähdä monin eri tavoin. Kaiken edellisen jälkeen on hyvin vapauttavaa voida nähdä tämä työ viimeinkin valmiina. Kaikessa kurjassa vajavaisuudessaan saan luovuttaa sen lukijoilleni ja todeta: *tehkää sillä, mitä haluatte*. Toivottavasti siitä olisi jotain iloa ja hyötyäkin. Tämä ei onneksi ole enää oma asiani. Tätä työtä ei voi enää ottaa takaisin tai muuttaa. Se on nyt mitä on.

Vaasassa, kotona
Juho Rankinen

soli Deo gloria

SISÄLLYSLUETTELO

ABSTRACT	2
JOHDANTO	10
1. LÄHTÖKOHDAT	11
1.1 Mistä tässä työssä on kyse?	11
1.2 Tiedonintressi ja tutkimuskysymys.....	12
1.3 Metodi ja tutkimisen tapa	14
2. MITÄ OIKEUS ON?	21
2.1 Koherenssihakuisuuden vaara.....	24
2.2 Koherenssihakuisuuden suoranainen virhe.....	25
2.3 Miten välttää turhat vaarat ja virheet?.....	28
3. MITÄ LAINOPPI ON?	31
4. MITEN LAINOPPIA PITÄISI HARJOITTAA?	45
5. TEESIT RIKOSLAINOPILLE	49
5.1 TEESI 1: Eklektinen ote ja vertailun merkitys	50
5.1.1 Eklektiasta	50
5.1.2 Vertailusta.....	52
5.2 TEESI 2: Persoonallinen sitoutuminen traditioon	59
5.2.1 Traditiosta	59
5.2.2 Persoonallisuudesta	61
5.2.3 Viittaamisesta.....	71
5.3 TEESI 3: Rehellinen nöyryys ja ymmärtävä kriittisyys	75
5.3.1 Rehellisyys ja nöyryys	75
5.3.2 Ymmärrys ja kriittisyys.....	78
5.3.3 Caveat lector!	85
5.4 TEESI 4: Piittaamattomuus ja pessimismi.....	86
6. ALUN LOPUKSI	90
OSA I	92
KENEN OIKEUS JA MIKÄ RATIONAALISUUS?.....	92
1. ALUKSI	93
2. RIKOSLAINOPILLISISTA RATIONAALISUUKSISTA	109
2.1 Johdanto.....	109
2.2 Suomalaisen rikoslainopin rationaalisuuksia	113
2.2.1 Kriminaalipoliittinen orientaatio.....	118
2.2.1.1 Miksi tai miksei rikosoikeus?.....	119
2.2.1.2 Miten suuntautua kriminaalipoliittisesti?	134
2.2.2 Yleiset opit ja dogmatiikka	151
2.2.2.1 Yleistä	151
2.2.2.2 Mitä tämä tarkoittaa rikosoikeudelle?	160
2.2.3 Oikeusperiaatteet ja niillä ajattelu	171
2.2.3.1 Yleistä	171
2.2.3.2 Rikosoikeudelliset erillistutkimukset.....	179
2.2.3.3 Yhteenvedo.....	191
2.2.4 Perus- ja ihmisoikeudet, ja niillä ajatteleva	196
2.2.4.1 Yleistä	196
2.2.4.2 Perus- ja ihmisoikeudet sekä "valtiösääntöistynyt rikosoikeus".....	199
2.2.4.3 Perus- ja ihmisoikeudet sekä ei-niin-valtiösääntöistynyt rikosoikeus	210
2.2.4.4 Yhteenvedo.....	216
2.3 Mitä tämä kaikki tutkimustani hyödyttää?	230
3. TUOTTAMUSOPILLISISTA RATIONAALISUUKSISTA	234
3.1 Johdanto.....	234
3.2 Nuutilan funktionalistinen rakennelma ja Nuotion diskursiivinen sekamelska..	236
3.2.1 Ari-Matti Nuutila ja Rikosoikeudellinen huolimattomuus (1996)	236
3.2.2 Kimmo Nuotio ja Teko, vaara, seuraus (1998)	249

3.2.3 Yhteenveto	255
3.3 Muita näkökulmia tuottamukseen.....	257
3.3.1 Oikeushistoria	266
3.3.2 "Perinteinen" oikeusvertailu	267
3.3.3 Vertailu muihin oikeudenaloihin	268
3.3.4 Oikeusfilosofia.....	270
3.3.5 Rakenteellis-systemaattinen dogmatiikka	271
3.3.6 Kriminaalipoliittinen lataus	272
3.3.7 Oikeustapausanalyysi.....	273
3.3.8 Muita tuottamuksen tutkimisen tapoja.....	276
3.4 Oma näkökulmani?.....	277
OSA II	281
RIKOSOIKEUDEN MAISEMA JA KARTAT	281
1. ALUKSI	282
2. RIKOSOIKEUDELLINEN MAISEMA.....	287
2.1 Johdanto.....	287
2.2 Maisema.....	291
3. RIKOSOIKEUDELLISET KARTAT	296
3.1 TEKIJÄ.....	296
3.2 TEKIJÄN suhde TEKOONSA (ja edelleen sen mahdollisiin seurauksiin).....	299
3.2.1 Syyksiluettavuus	299
3.2.2 Erehdysoppi ja peittämisperiaate	307
3.3 TEKO.....	313
3.3.1 Kronologia.....	316
3.3.2 Myötävaikutus.....	317
3.4 TEON suhde OIKEUSHYVIIN	319
3.5 OIKEUSHYVÄT.....	324
4. MAISEMA & KARTAT	330
4.1 Mitä hyötyä maisemasta ja kartoista on?.....	337
4.1.1 Rikos hermeneuttisena kokonaisuutena	338
4.1.2 Rikosoikeudelliset ideologiat ja niistä seuraavat painotukset.....	343
4.2 Oppi teon huolimattomuudesta	349
4.2.1 Saksalaisperäinen tausta	349
4.2.2 Kotimainen tilanne.....	356
4.2.3 Johtopäätöksiä	365
4.3 Tuottamus ja rikosoikeuden maiseman ideologiset painopisteet.....	366
OSA III	372
HYVIÄ UUTISIA HUONOILLE JURISTEILLE?	372
1. ALUKSI	373
2. "FOLGENLOSE DOGMATIK"?	385
2.1 Dogmatiikan ja oikeuskäytännön suhde	389
2.2 Käytäntöä lähellä olevia tuoreempia dogmaattisia kehitelmiä	398
2.3 Käytäntöä ajatellen rakennettuja oikeusteoreettisia malleja.....	403
3. VASTAUKSIA? – VIHDOINKIN?	406
3.1 Huolellisuusvelvoitteen rikkominen ja sen noudattamisen kyky (1. momentti).....	407
3.2 Kokonaisarvostelu (2. ja 3. momentti).....	412
4. HYVIÄ VAI HUONOJA UUTISIA?.....	417
LOPUKSI	419
JURIDIIKAN SIETÄMÄTÖN KEVEYS	419
LÄHTEET	442

LYHENTEITÄ

BGH	Bundesgerichtshof
BrB	Brottsbalk
DL	Defensor legis
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU-TI	Euroopan unionin tuomioistuin
EY-TI	Euroopan yhteisöjen tuomioistuin
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HD	Högsta domstolen
HE	Hallituksen esitys
ICC	International Criminal Court
ICCS	Rome Statute of the International Criminal Court
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCE	Joint Criminal Enterprise
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JURA	Die Juristische Ausbildung
JZ	JuristenZeitung
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KKO	Korkein oikeus
KM	Komiteamietintö
LaV, LaVM/-L	Lakivaliokunta, LaV:n mietintö / lausunto
MPC	Model Penal Code
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NTfK	Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab
OM	Oikeusministeriö
PeV, PeVM/-L	Perustuslakivaliokunta, PeV:n mietintö / lausunto
PL	Perustuslaki
RL	Rikoslaki
SOU	Statens offentliga utredningar
STGB	Strafgesetzbuch
SvJT	Svensk Juristtidning
TLL	Tieliikennelaki
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

JOHDANTO

1. LÄHTÖKOHDAT

”Noniin Rankinen, koittakaa nyt muistaa, että koulutettu simpanssikin osaa viedä komppanian syömään tiettyä ajankohtana. Teiltä odotetaan nyt jotakin enemmän.”

(Komppanianpäällikkö H:n sanat uuden oppilaspäällikön puhuttelussa)

1.1 Mistä tässä työssä on kyse?

Tommy Tabermanin runo *Eksymättä et löydä perille* kuuluu väitöskirjojen eräänlaisiin vakiositaatteihin, joilla pyritään ymmärtääkseni useimmiten sanoittamaan luovaan tieteelliseen työhön sisältyvää ennustamattomuutta – ja tätä kautta perustelemaan tai selittelemään sitä, miksi alun perin toivottujen tulosten suunnitelmallisen tuottamisen sijaan doktorandin hauraaseen säkkiin on loppujen lopuksi tullut polvet ruvella keräiltyä toinen toistaan oudompia helmiä. Tämä tutkimus ei tee tältä osin poikkeusta. Alun perin tavoitteenani oli laatia jonkinlainen melko käytännönläheinen kaavio rikosoikeudellisen tuottamuksen törkeyden arvioimiseen. Äärimmillään ajatuksena oli muistaakseni suorastaan käsikirjamainen esitys, jonka pelkkää sisällysluetteloa selailemalla lainkäyttäjä löytäisi nopeasti apua törkeän tuottamuksen arviointiin liittyvissä ongelmatilanteissaan. Tietyissä mielessä kyse olisi ollut Ari-Matti Nuutilan rikosoikeudellista huolimattomuutta koskevan perustutkimuksen jatkamisesta täydentämällä siinä sivurooliin jäävää törkeää ja ehkä lievääkin tuottamusta käsitteleviä jaksoja. Muutaman vuoden tutkimisen jälkeen kävi selväksi, ettei tällainen itseltäni onnistuisi. Käsikirjamaisen esityksen laatiminen alkoi näyttää mahdottomuudelta, johon olennaisimpana syynä oli se, etteivät tuottamusoppimme perusteet kerta kaikkiaan täytä niitä kriteereitä, joita oma – ja mielestäni myös perusteltu – käsitykseni (rikos)oikeudesta edellyttää. Nuutilan, niin kuin monen muunkin edeltäjäni, työ lepää yksinkertaisesti sellaisella perustalla, jolle en ole itse valmis rakentamaan. Mitä syvemmälle rikosoikeuden yleisten oppien penkomisen ulotin, sitä selvemmäksi kävi, että minun olisi tehtävä jotain aivan muuta. Helmien keräily johti uusille ja yhä kummallisemmille sivupoluille.

Sekä Tabermanin että komppanianpäällikköni ajatukseen sisältyy perustavanlaatuinen paradoksi; perille pääseminen edellyttää eksymistä – kirkkaana mielessä pidettävä tehtävä ei välttämättä ole sittenkään aivan yksinkertainen. Tämä paradoksi on läsnä kaikessa tieteellisessä toiminnassa – ainakin sellaisena kuin sen itse ymmärrän. Tiede etsii *totuutta*, eikä voi koskaan sitoutua valmiisiin suunnitelmiin. Mikäli totuutta ei tunnu löytyvän alkuperäisen reitin varrelta, on reittiä vaihdettava – tai lopetettava koko matka. Tieteen on myös tuotettava jotain uutta, *jotain mitä ei vielä tiedetty*. Näin se ei voi tyytyä toistelemaan muiden aiempia ajatuksia⁴. Samalla tiede on kuitenkin tavoitteellista ja yhteisöllistä toimintaa. Itse kunkin säkkiinsä keräilemät – kerääjälleen ehkä mitä arvokkaimmatkin – helmet eivät yksinkertaisesti vielä itsessään ole tieteellisesti kiinnostavia.

⁴ Esim. Backman 1992 s. 440 toteaa (komppanianpäällikköni tapaan!) jokaisen lakimiehen ammattitutkinnon suorittaneen kykenevän ”juridiseen arkiajatteluun”, jossa tulkintasuosituksia johdetaan normatiivisen aineiston referoivan deskriptiion muodossa ja ”ruodussa” pysyen. Tieteen tekijä ei voi tyytyä *militaire*-sotilaan tavoin marssimaan perässä jonkun toisen lyödessä rumpua. *Jonkin uuden luominen* kun edellyttää myös *homme de guerre* -soturimaista rohkeutta. (Kyseisistä 1600- ja 1700-luvun taistelijaiahanteista (tai ainakin Foucault’n näitä koskevista käsityksistä) ks. Hurri 2014 s. 115–117).

Tieteellisessä tutkimuksessa lähdetään aina tasapainoilemaan edellisen paradoksin ääripäiden välille virittyvälle kultaiselle kohtuuden keskitielle, jolle aivan erityisesti ihmisyyhteisön käytännöllisten ongelmien kanssa askarteleva juridiikka on auttamatta sidottu. Näin on asia myös tämän tutkimuksen osalta. Tässä kohdin lukijan on kuitenkin hyvä muistaa se, että nyt käsillä oleva kirja ei ole sama asia kuin tutkimusprojektini. Tämän kirjan teksti on kirjoitettu muutamassa kuukaudessa siinä esitettujen ajatusten käytyä selviksi noin viisi vuotta jatkuneen tutkimisen tuloksena. Kirjan tarkoitus on esittää lukijalle ajatukseni mahdollisimman selvässä muodossa kaikki ylimääräiset sivupolut ja koukerot karsien. Kaikki seuraavilla sivuilla esitettävä pyritään liittämään seuraavaksi muotoiltavaan tutkimuskysymykseen. Kaikki tutkimusprojektin aikana säkkiin kertyneet, mutta itse tutkimuskysymykseen liittymättömät helmet pyritään jättämään pois. Muuten kirjalla ei olisi alkua eikä loppua. Oikeus on yksinkertaisesti liian vaikea ja monitahoinen kysymys pyöriteltäväksi ilman jonkinlaista toiminnan päämäärää – *tiedonintressiä*. Näin ollen tällainen päämäärä pyritään asettamaan heti alussa. Itse päämäärä ja se, mikä erottaa olennaisen epäolennaisesta, ei toki aina ole lainkaan selvää. Tehtävän kirkkaana mielessä pitämien jää ideaaliksi – tehtävä jää epämääräiseksi. Yritän nyt kuitenkin seuraavaksi kuvata, mitä ryhdyn tekemään.

1.2 Tiedonintressi ja tutkimuskysymys

Rikoslain 3:7:n mukaan:

Tekijän menettely on huolimattonta, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan.

Se, pidetäänkö huolimattomuutta törkeänä, ratkaistaan kokonaisarvostelun perusteella. Arvostelussa otetaan huomioon rikotun huolellisuusvelvollisuuden merkittävyys, vaarannettujen etujen tärkeys ja loukkauksen todennäköisyys, riskinoton tietoisuus sekä muut tekoon ja tekijään liittyvät olosuhteet.

Pikemminkin tapaturmaan kuin tuottamukseen perustuvasta teosta ei rangaista.

Tämän tutkimuksen tavoitteena on muodostaa perustavanlaatuinen käsitys siitä, mitä kyseinen rikoslakiin sen yleisten oppien uudistuksen yhteydessä omaksuttu ja 1.1.2004 voimaan tullut säännös merkitsee. Kyse on siitä, *miten rikosoikeudellinen tuottamus, tai huolimattomuus⁵, tulisi ymmärtää – eli, mitä tuottamus rikosoikeudessa merkitsee.*

Tämä jo itsessään hermeneuttiseksi muotoiltu kysymyksenasettelu ei vielä kerro kovinkaan paljoa. Jo edellä esitetyn perusteella vaikuttaisi siltä, että kyseinen rikoslain yleisen osan säännös olisi ymmärrettävissä – näkökulmasta riippuen – hyvin usein *erilaisin* tavoin. Kyseinen rikoslain legaalimääritelmä on varsin ylimalkainen. Säännös sitoo tuottamuksen sellaisiin seikkoihin kuin ”olosuhteiden edellyttämä ja tekijältä vaadittava huolellisuusvelvollisuus”, ”kyky tällaista noudattaa” sekä ”kokonaisarvostelu”, johon vieläpä sisältyvät viime kädessä kaikki ”tekoon ja tekijään liittyvät olosuhteet”.

⁵ Puhun ”tuottamuksesta” ja ”huolimattomuudesta” jatkossa synonyymeinä. Vaikken eri sanojen nyansseja tietysti kykenekään kahlitsemaan.

Muu tavanomainen oikeuslähdemateriaali ei juuri helpota asiaa. Säännöksen taustalla olevan hallituksen esityksen mukaan rikosoikeudellinen tuottamus on ”toiminnassa vaadittavan huolellisuuden laiminlyöntiä tai lyhyesti huolimattomuutta”, jonka osalta puhutaan ”kaksivaiheisesta vertailuoperaatiosta”. Tämä tarkoittaa niin huolimattomuuden objektiivisen kuin subjektiivisenkin puolen tarkastelua. Ensimmäisessä on ”asiallisesti kysymys ennen kaikkea siitä, ottiko tekijä kielletyn riskin”. Tähän puolestaan voivat vaikuttaa tapauksesta riippuen niin viralliset kuin epävirallisetkin normit, hyötyjen ja haittojen punninta kuin ”normaalilla tavalla huolellisen henkilön” mittapuukin, joskaan näistäkään ei monissa tilanteissa saada paljon johtoa asian arvioimiseen. Huolellisuusvelvoitteiden muodostuminen todetaankin hallituksen esityksessä tuomioistuimissa jatkuvaksi prosessiksi ja teon huolimattomuuden lähteet moninaisiksi ja olosuhteiden huomioimista edellyttäviksi. Erityisesti objektiivisen huolimattomuuden ja mahdollisesti aiheutetun vahinkoseurauksen välinen kytkentä jätetään nimenomaisesti lain tasolla ratkaisematta. Jälkimmäisen huolimattomuuden subjektiivisen puolen osalta todetaan säännöksen edellyttävän niin toisintoimimisen kykyä kuin tilaisuuttakin. Törkeyden kokonaisarvostelussa huomioitavilla ”muilla olosuhteilla” todetaan viitattavan ”monenlaisiin seikkoihin” ja nostetaan vielä esiin pistemäistä tarkastelua laajempi aikanäkökulma. Lakiin todetaankin olevan kirjattavissa vain huolimattomuusarvioinnin yleinen rakenne.⁶

Oikeuskäytännössä RL 3:7 on tullut sovellettavaksi korkeinta oikeutta myöten lukuisia kertoja. Esimerkkinä säännöstä koskevista mitä erilaisimmista ymmärtämisen tavoista voidaan nostaa tässä kohdin esiin vaikkapa ratkaisu KKO 2018:58, jossa tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta syytettyjen käräjätuomareiden todettiin menetelleen virheellisesti vastoin sisällöltään selkeää ja yksiselitteistä sääntelyä (kohta 18) ja laiminlyöneen näin virkavelvollisuutensa (kohta 35). Menettelyn huolimattomuutta koskevan pro & contra -vertailun perusteella käräjätuomareiden ei kuitenkaan voitu katsoa rikkoneen olosuhteiden edellyttämää ja heiltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta (kohta 51). Ratkaisussa KKO 2016:58 oikeusneuvokset olivat puolestaan perustavanlaatuisesti eri mieltä muun ohella siitä, mitä laiminlyöntejä huolimattomuuden arvioinnin kohteeksi ylipäänsä sai ottaa.

Oikeuskirjallisuuden puolella rikosoikeudellista huolimattomuutta Suomessa syvällisimmin lähestynyt Ari-Matti Nuutila toteaa vuoden 1996 väitöskirjassaan niin tuottamukseen kuuluvien objektiivisten huolellisuusvelvoitteiden kuin huolimattomuuden törkeyden analyysinkin roikkuvan molemmat jalat tukevasti ilmassa, mikäli niitä ei lainkaan kytketä konkreettisiin rikoslajeihin ja siis *juuri niissä* edellytettyyn huolimattomuuteen. Nuutilan mukaan huolimattomuudesta ei ylipäätään voidakaan puhua ilman huolimattomuuden kohdetta eli sitä, millaisen toiminnan yhteydessä huolimaton toiminta kulloinkin on rangaistavaa.⁷

Niin rikosoikeudellisen huolimattomuuden legaalimääritelmä kuin sitä täsmentävä esityö-, oikeuskäytäntö- kuin oikeuskirjallisuusaineistokin saavat kysymään, miten ihmeessä rikosoikeudellista huolimattomuutta oikein tulisi tutkia.

⁶ HE 44/2002 vp s. 89–91 ja 95–98.

⁷ Nuutila 1996 s. 24.

1.3 Metodi ja tutkimisen tapa

Tiedonintressiksi on edellä määritetty rikosoikeudellisen huolimattomuuden ymmärtäminen. Tietämisen halu kohdistuu siis *voimassa olevaan oikeuteen*: siihen, mitä huolimattomuus suomalaisessa rikosoikeudessa merkitsee. Voimassa olevaa oikeutta selvittävää tieteellisen tutkimuksen haaraa on tapana nimittää *lainopiksi*, tai *oikeusdogmatiikaksi*. Kyseen ollessa RL 3:7:n tulkitsemisesta voidaan puhua myös jo mainitusta *hermeneutiikasta*⁸. Näihin tutkimuskysymyksestä ja sen muotoiluista johdettuihin tautologioihin päättyykin esityksen helppous ja yksinkertaisuus. Tästä eteenpäin luvassa on niin sanotusti verta, hikeä ja kyyneleitä. Ongelmana on se, ettei kenelläkään tunnu olevan kovinkaan selkeää kuvaa siitä, mitä ”voimassa oleva oikeus” lopulta ylipäättään edes merkitsee. Aivan yhtä suurta hajontaa on löydettävissä käsityksissä siitä, mitä lainoppi tarkoittaa. Hermeneutiikan kohdalla epäselvyys puolestaan ulottuu jo siihen, onko kyse metodista ensinkään.

Oikeuden tutkimista leimaa – etenkin monien ”kovempien” tieteiden näkökulmasta – eräänlainen *takapuoli edellä puuhun kiipeäminen*. Tämä käy ilmi erityisen selvästi juuri oikeustieteellisten tutkimusten metodijaksoista – jos sellaista tutkimuksessa sattuu edes olemaan! Luonnontieteellisen tutkimuksen jonkinlaisena peruslähtökohtana voidaan ymmärtäänsä pitää niin sanottua IMRaD-mallia, jossa johdantoa (Introduction) ja metodin esittelyä (Method) seuraavat tulokset (Results) ja näihin perustuva pohdinta (Discussion). Tutkimusaineiston ja tutkimusmetodin riittävän täsmällinen määrittely johtaa *automaattisesti* tuloksiin. Koko toiminta perustuu juuri siihen, ettei tässä välissä tapahdu mitään ylimääraistä. Kuka tahansa voi saman aineiston ja metodin varassa päätyä samoihin tuloksiin. Ja jollei näin olisi, heräisi kysymys siitä, mikä on mennyt pieleen. Oikeustieteen piirissä tilanne on päinvastainen. Tutkimuksessa kaikkein olennaisinta roolia näyttelee metodiesittelyn ja tulosten välillä tapahtuva toiminta, jota voitaneen nimittää laajassa merkityksessä *oikeudelliseksi argumentaatioksi*. Juridisten väitteiden *perustelujen* ohella metodiset huomautukset ja konkreettiset lopputulokset jäävät usein täysin toissijaiseen rooliin; voimassa olevaa oikeutta selvittävänä toimintana niin lainkäyttö kuin oikeustiedekin seisoo, tai kaatuu, juuri perustelujensa varassa. Erityisesti oikeustieteen kohdalla tulosten eroavuutta suurempaan huoleen on aihetta silloin, kun eri henkilöt alkavat saavuttaa tismalleen samanlaisia tuloksia. Lainopillisia esseitä tarkistava yliopistonlehtori ei onnittele opiskelijoita, eikä itseäänkään, hyvin suoritettua työstä lukiessaan kaksi identtistä esseetä aiheesta ”rikosoikeudellinen tahallisuus”. Vastaavasti se, että hätävarjelusta on joskus laadittu perusteellinen – ja ehkä sinällään hyvinkin laadukas – lainopillinen tutkimus ei tarkoita, etteikö teeman pariin olisi enää syytä palata.

Takapuoli edellä puuhun etenemisessä on kyse siitä, että metodissa on jonkinlaisen tuloksiin johtavan mekaniikan sijaan kyse enemmänkin itsereflektiivisestä tavasta ymmärtää sitä, mitä oikeastaan on tekemässä⁹. Koska tämänkaltainen ymmärrys

⁸ Ymmärrän hermeneutiikalla tässä hyvin laajasti erilaisten *merkitysten tulkintaa*. Oikeuden saralla kyse on ennen kaikkea erilaisten tekstien tulkinnasta. Tekstien merkityssisältöä selvittelevänä tieteenä oikeustiedettä voikin pitää perusluonteeltaan hermeneuttisena (näin esim. Andström 2004 s. 39–40). Kyse on *tulkintatieteestä* (esim. Aarnio 1989a s. 143). Kuten Husa 1997 s. 999–1000 huomauttaa, on *hermeneutiikka* niin filosofian kuin oikeustieteenkin saralla varsin monimuotoinen ja epämääräinen perinne. Esim. toteamuksen ”lainoppi on hermeneutiikkaa” ei tarvitse vielä merkitä, että sen esittäjä samalla sitoutuisi vaikkapa johonkin tiettyyn metodologiseen positioon (s. 1024 ja 1027).

⁹ Ks. esim. Aarnio 1997 s. 35–36, Aarnio 2006 s. 29, 101 ja 237–238 sekä Aarnio 1994a s. 170, joka toteaa oikeustieteellisen metodin merkitsevän luonnontieteille tyypillisistä tulosten oikeellisuuden takaavista ”laskusäännöstoista” (tai ”kakkureseptistä”) poiketen enemmänkin *näkökulmaa* oikeuteen. Tehtävänsä vakavasti ottava oikeustieteen harjoittaja joutuukin alituisesti kysymään (nimenomaan itseltään!): *mitä minä oikeastaan teen, kun sanon tutkivani oikeutta?* Oma toimintaansa koskeva

tietysti ajan mittaan syvenee¹⁰, on lopulta kyse aina siitä, *mitä on jo tullut tehtyä*. Tässä kohdin tuleekin esiin edellä mainittu teoksen ja tutkimusprojektin välinen ero. Olen nyt käsillä olevan teokseni esitystavan kannalta katsonut parhaaksi ottaa kantaa perustavanlaatuisiin metodisiin valintoihini heti alussa. Olisi kuitenkin täysin väärin kuvitella, että tutkimusprojektini olisi jotenkin alkanut niistä. Päinvastoin, näihin ajatuksiin tutkimusprojektini on päättynyt. Perustavanlaatuiset lainopin metodia koskevat käsitykseni ovat muotoutuneet vuoden 2019 aikana ja saavuttaneet tässä teoksessa esitetyn jäsenytyisyytensä vasta teosta keväällä 2020 kirjoittaessani. Suurin osa vuodesta 2015 alkaneesta tutkimusprojektista on kulunut ilman tällaista metodista käsitystä. Ja jos vanhat merkit pitävät paikkansa, tulen jo vuonna 2021 pitämään osaa nyt esittämästäni enemmän tai vähemmän virheellisenä!

Dan Frände on arvioinut jälkikäteisen laatimiansa metodipohdintojen päätyvän vähintäänkin 50 %:n todennäköisyydellä todellisuudessa sattumien ohjaaman tapahtumainkulun jälkikäteiseen rationaalistamiseen ja kiillottamiseen¹¹. Oikeudellista päätöksentekoprosessia tutkimuksen sijaan lainkäytön näkökulmasta tarkastellut Mirjami Paso puhuu puolestaan ”kunniakkaista kuvauksista”, jollaisiksi lainkäyttöratkaisut tyypillisesti muotoillaan. Todellisuudessa usein erilaisten epämääraisten ja tarvittaessa muuttuvien johtopäätöshahmotelmien sekä näitä tukevien premissien yhdistelmien testailun kautta syntyneet lainkäyttöratkaisut puetaan päätöksentekoprosessin lopussa kirjoitettavissa tuomion perusteluissa loogiseksi ja johdonmukaiseksi perusteluketjuksi, jossa tapauksen tosiseikaston sekä oikeudellisen ongelman identifioimisen kautta edetään relevantin säädösaineiston kautta säädösten tulkintaan ja lopulta soveltamisratkaisuun.¹² Olen edellä jo esittänyt oikeustieteen näkökulmasta olevan olennaisempaa, millaisena tutkimuksen tai vaikka lainkäyttöratkaisun perustelut ja argumentaatio lopulta sisällöllisesti esitetään, kuin miten tähän alun perin on päädytty. Niin sanottu *context of justification* on tärkeämpi kuin *context of discovery*. Tämä ei tietystikään tarkoita, että nämä olisi mahdollista täysin erottaa toisistaan – saati etteikö *context of discovery* vaikuttaisi siihen, miten erilaisia valintoja lopulta ylipäänsä edes osataan perustella. 1900-luvun puolivälissä aktivoitunut kognitiopsykologinen tutkimus on karistanut etenkin viime vuosikymmeninä varsin tehokkaasti turhia luuloja inhimillisen ajattelun ja päätöksenteon jonkinlaisesta rationaalis-objektiivis-loogisuudesta.¹³

kysymys on Aarnion mukaan perustavin imperatiivi, minkä tutkija voi itselleen asettaa. Samalla kehoitus itsensä tuntemiseen, teoreettiseen itseymmärrykseen, on ainoa inhimillisen kasvun imperatiivi, jonka Aarnio voi ymmärtää kestäväksi. Ks. myös Nuotio 1994a s. 176–177, joka muistuttaa hyvän tutkijan työstävän tavallaan jatkuvasti omaa tutkijanieologiaansa. Yhdessä kotimaisen oikeustutkimuksen vahvimmissa puolista Nuotio näkee sen, että niin monet yksittäiset tutkijat ainakin vielä 1900-luvun loppupuolella kävivät itse läpi oikeustieteen peruskysymyksiä kehittäen näin tavallaan itselleen oman oikeusteorian ja -filosofian, ja sitä kautta tulkinnan omasta roolistaan. Ks. edelleen Rentto 1996 s. 4 ja 15–16 sekä Rentto 2003a s. 113, joka niin ikään painottaa jokaisen joutuvan lopulta itse etsimään oman roolinsa lainoppineena – ja siis tätä koskevan oman *persoonallisen* totuutensa. Kyse on aikaistodistajien mukaan Sokrateen mielellään siteeraamasta Delfoin oraakkelin käskystä: ”Tunne itsesi!”. Itsensä tuntemisesta sekä itsetuntemuksen suoranaista kuulustelemisesta Sokrateen ajattelussa ks. myös Hämäläinen 2019 s. 42–43. Ks. edelleen Tuori 2019b s. 790, joka painottaa refleksiivisyyttä ylipäänsä kaiken tieteellisen tutkimuksen perustana: ”Tärkeintä on se, että tiedämme mitä olemme tekemässä.”

¹⁰ Metodinen itseymmärrys on *prosessi*, joka – toivon mukaan! – jatkuu (ks. esim. Pöyhönen 1997 s. 249 ja Lappi-Seppälä 1997 s. 189).

¹¹ Frände 2004 s. 98.

¹² Paso 2009 s. 193–194. Ks. myös s. 159 ja 162, jossa Paso hahmottelee tällaisen suhteellisen kaavamaisesti noudatetun ja yhtäältä johdonmukaisuutta ja selkeyttä, mutta toisaalta myös jäykkyyttä luovan tuomioin perustelemisen rakenteen.

¹³ Ks. esim. Gräns 2013, joka pyrkii viimevuosikymmenten aikana räjähdysmäisesti kasvaneen kognitiopsykologisen tutkimuksen valossa osoittamaan kyseisten mallien käyttökelpoisuuden myös eräänlaisena oikeuslähdeopin täydennyksenä (s. 9 ja 18–19). Gränsin ajatuksena on, ettei intuitiivisen *context of discovery* -ajattelun sekä analyyttisen *context of justification* -ajattelun välinen tarkkarajainen dikotomia ole kestävä. Yhtäältä ihmisarvoin suoritettut pohdinnat eivät näyttäisi kykenevän irrottautumaan assosiativisista (ja toisinaan epäloogisista) elementeistä, eivätkä toisaalta intuitiot vaikuta niin subjektiivisilta ja sattumanvaraisilta kuin aiemmin on ehkä kuviteltu.

Nyt kyseessä olevan tutkimuksen kannalta ei ole järkeä mielenkiintoista, ovatko esittämäni ajatukset syntyneet tutkijankammiossa, lenkkipolulla vai unessa. Paljon olennaisempaa on se, miten esittämäni ajatukset kykenen perustelemaan. Niin itseni kuin lukijanikin on kuitenkin tärkeä tiedostaa heti alussa, ettei väitteitäni ole mitään syytä yrittää lähestyä jonkinlaisina lainopillisen metodin itsessään justifioimina totuuksina. Suurin osa teokseni taustalla olevasta tutkimusprojektista on toteutettu yksinkertaisesti ilman kovinkaan jäsentynyttä kuvaa lainopillisesta metodista. Eikä nykyinen edes jollain tapaa perusteltu metodikäsitykseni edusta johdonmukaisuutta ja objektiivisuutta. Pikemminkin päinvastoin.

Lainopin – ja takapuoli edellä puuhun kiipeämisen – kaltaisissa käsityöammateissa on lopulta kyse *tekemällä oppimisesta*. Asiaa voi konkretisoida ajattelemalla sitä, miten ihmiset Suomessa tulevat lainoppineiksi. Tämä tapahtuu oikeustieteen maisterin tutkinnon kautta. Akateemisen lainopin oppimisen kannalta ensiarvoisen tärkeässä roolissa ovat erinäiset tieteelliset tutkielmat, joita opiskelijat opintopolkunsa varrella laativat. Uskaltaisin väittää, ettei yhdelläkään ensimmäistä tutkielmaansa kirjoittavalla oikeustieteen ylioppilaalla ole juuri minkäänlaista jäsentynyttä käsitystä siitä, mitä hän – tieteenteoreettisessa mielessä – tekee¹⁴. Käytännöllisemmältä kantilta opiskelija on tästä tietysti hyvinkin tietoinen; hän katsoo, mitä muut ovat aiemmin lainopillisista aiheista kirjoittaneet ja yrittää tehdä perässä. Vähitellen tutkielmia laatimalla opiskelija ymmärtää yhä enemmän ja enemmän lainoppia myös teoreettisemmalta kannalta. Ajatus lainopin opiskelijasta, joka ensin opettelee lainopin metodin ja ryhtyy vasta tämän metodin muka jotenkin hallitessaan tekemään lainoppia on mahdottomuus.

Yritän seuraavaksi esittää tässä tutkimuksessa omaksumani perustavanlaatuiset metodiset valinnat. Tehtävä ei ole helppo. Rauno Halttunen valittelee omassa väitöskirjassaan sitä vaikeutta, jonka oikeudesta puhuva kohtaa jo joutuessaan päättämään, mistä puheensa oikein alkaisi. Oikeusteorian harrastajana Halttunen kaipaileekin Väinö Linnan maalaileman konkreettisen lähtökohdan perään, jossa *alussa on suo, kuokka ja Jussi*. Halttunen on omassa tutkimuksessaan valinnut tutkimuskohteensa, eli elatuslain normiston merkityksen, hahmottamiseen empiirisen – oikeastaan suoranaisten oikeusrealistisen – tien *haluten* peräti väittää, ettei kyseisiä avoimia säännöksiä koskevaa normitietoa ole edes mahdollista saavuttaa oikeusnormilauseiden tulkinnalla (siis hermeneuttisesti), vaan sen sijaan normeja koskevat lainkäyttöraiskaut tuntemalla.¹⁵ Kaltaiseni hermeneutikon tehtävä oikeutta koskevan puheensa aloittamisessa ei ole yhtään realistia helpompi. Hermeneutiikan peräänkuuluttamana aapistotuutenahan on nimenomaan se, kuinka kaikki inhimillinen tiedostus, tulkinta ja ymmärtäminen edellyttävät jonkinlaisen perustan; ”esiymmärryksen”. Oikeuttakaan koskevaa tutkimusta ei ole mahdollista ryhtyä luonnostelemaan tyhjälle taululle siten, että ”ei-mistään” tulevien totuuksien – tai edes väittämien – varaan vain rakennettaisiin johdonmukainen kokonaisuus.¹⁶

¹⁴ Ymmärtämättömyys ei näyttäisi rajoittuvan vain tuoreisiin oikeustieteen ylioppilaisiin. Ida Koiviston ja Anni Tuomelan suorittaman haastattelututkimuksen (Koivisto–Tuomela 2012) mukaan kukaan noin 30 haastateltavasta oikeustieteen perustutkinto-opiskelijasta ei siihenastisten opintojensa aikana ollut kuullut ”metodi”-sanaa muiden kuin varsinaisen metodiseminaarin opettajien suusta. Koivisto ja Tuomela kertovatkin useamman paitsi yllättyneen myös ilahtuneen kuullessaan lainopin olevan metodi (s. 429).

¹⁵ Halttunen 1993 s. 4, 7, 9, 30 ja 57–58.

¹⁶ Oikeustieteellisistä hermeneutiikasta ks. erit. Tontti 2002, jossa pyritään muodostamaan hermeneuttisen ajattelun traditiosta nimenomaan oikeudellisen tulkinnan ja ymmärryksen ehdot – eräänlainen Immanuel Kantin työtä jatkava *neljäs*, ja siis nimenomaan oikeusfilosofinen kritiikki. Kyse on *dialektisesta hermeneutiikasta*, joka pyrkii tavoittamaan oikeuden maailmaan kuuluvan vallan ja konfliktin aspektit. (s. 15, 19–20 ja 47). Eräänlaisesta ”radikaalista” (juurille palaavasta, latinan juurta

Hermeneutikon maailmassa kaikki vaikuttaa kaikkeen; voimassa olevaa oikeutta ei voi tutkia (eli lainoppia harjoittaa) ilman ajatusta siitä, mitä tämä voimassa oleva oikeus jonkinlaiselta olemukseltaan saattaisi ehkä olla. Vastaavasti lainoppi muokkaa jatkuvasti harjoittajansa käsitystä siitä, mitä voimassa oleva oikeus on.¹⁷ Sillä, mistä kohtaa tähän ”hermeneuttiseen kehään” tai ”spiraaliin” hyppää mukaan, ei liene suurempaa merkitystä. Ei ainakaan nyt käsillä olevien kirjan muotoon laatimani tutkimuksen perustelujen (*context of justification*) kannalta. Sen sijaan sillä, miten itse kukin alun perin lähtee oikeutta ajattelemaan ja lähestymään (*context of discovery*), voinee toki olla suurikin vaikutus siihen, millaiseksi tämä oikeuden lopulta tulee mieltämään. Esimerkiksi oikeusteoreettisesti alusta alkaen orientoituneiden tieteenekijöiden ei ole aina helppoa ymmärtää *käytännön* lainopin kautta oikeutta lähestyviä, ja päinvastoin.

Loppuviimeksi hermeneutiikassa ei ehkä olekaan kyse niinkään jonkinlaisesta kulloisenkin tutkimuksen tavaksi valittavasta metodista, vaan ennemminkin jonkinlaisesta paljon perustavanlaatuisemmasta maailmankatsomuksesta – tavasta nähdä maailma – Hans-Georg Gadamerin sanoin *metodisen ongelman* ja *opin* sijaan *ilmiöstä* ja *ymmärryksen yrityksestä*.

”Das hermeneutische Phänomen ist ursprünglich überhaupt kein Methodenproblem. Es geht in ihm nicht um eine Methode des Verstehens, durch die Texte einer wissenschaftlichen Erkenntnis so unterworfen werden, wie alle sonstigen Erfahrungsgegenstände. Es geht in ihm überhaupt nicht in erster Linie um den Aufbau einer gesicherten Erkenntnis, die dem Methodenideal der Wissenschaft genügt – und doch geht es um Erkenntnis und um Wahrheit auch hier. Im Verstehen der Überlieferung werden nicht nur Texte verstanden, sondern Einsichten erworben und Wahrheiten erkannt. Was ist das für eine Erkenntnis und was für eine Wahrheit?”¹⁸

Jonkinlaista lohtua kaiken jo tähän asti kohdattujen vaikeuksien keskellä antaa se, ettei metodisten sitoumusten osalta lopulta tämänkään tutkimuksen puitteissa ole ylipäänsä edes mahdollista päästä kovinkaan suureen täsmällisyyteen. metodi, tekemisen tapa, on läsnä kaikessa, mitä tutkimuksessa tapahtuu; oikeudellisen argumentaationi tapa konkretisoituu lopulta vasta siinä, miten sitä harjoitan.

merkitsevän *radix*-sanana mukaan) *takaperin ymmärtämisestä*, mikä voidaan yhdistää myös Hörderliniin ja Hegeliin ks. Valkama–Salminen 2012 erit. s. 39 ja 54.

¹⁷ Esim. Nuotio 1998 s. 5, 109 ja 225 toteaa jo oikeusnormien muotoilemisen kielellisiksi normilauseiksi avaavan oikeuteen hermeneuttisen näkökulman ja tekeväen lainsoveltamisesta (muun ohella) hermeneuttista toimintaa. Mikäli korostetaan edelleen tekstin ja tulkinnan eroa, huomataan jokaiseen tekstin tulkintaan liittyvän merkityksen muutoksen mahdollisuus jokaisen tulkinnan työstäessä tekstin merkitystä, ja samalla tekstissä olevien käsitteiden merkitystä. Tätä kautta oikeuden tekstuaalisuus ja kielellisyys avaavat sen paitsi lainsäädännöllisesti myös tulkinnallisesti tapahtuvalle kehitykselle ja muutokselle. (s. 119) Lainopin tehtävänäasettelu oikeudellisten normien systematisoinniksi ja tulkinnaksi merkitsee samalla lainopillisen tutkimuksen perustamista jonkinlaiseen käsitykseen oikeudesta. Oikeutta koskevat käsitykset voivat toki vaihdella täsmennyttämättä esiyymäryksestä jäsentyneen oikeusteoreettisen mallin omaksumiseen ja soveltamiseen. Koska oikeusteoria ei kuitenkaan pysty seisomaan yksin omilla jaloillaan, avaa sen oma perustelutarve oikeustieteellistä tutkimusta jatkuvasti oikeus- ja yhteiskuntafilosofian suuntaan. (s. 21)

¹⁸ Gadamer 1960/2010 s. 1. ”Die Hermeneutik, die hier entwickelt wird, ist daher nicht etwa eine Methodenlehre der Geisteswissenschaften, sondern der Versuch einer Verständigung über das, was die Geisteswissenschaften über ihr methodisches Selbstbewußtsein hinaus in Wahrheit sind und was sie mit dem Ganzen unserer Welterfahrung verbindet.” (s. 3) Ks. myös Aarnio 2006 s. 248–249. Tämän *ymmärtäminen* on tuottanut jatkuvia vaikeuksia eritoten ratkaisukeskeiselle ajattelulle – eritoten ajattelijoille, jotka halusivat tarjota ratkaisuja oikeudellista ratkaisutoimintaa harjoittaville. Jonkinlaisena malliesimerkkinä ks. esim. Hyttinen 2015 s. 323–324, joka myöntää hermeneutiikan ”onnistuvan vangitsemaan jotakin olennaista oikeuden ymmärtämisestä”. Syyllisyyskysymysten ratkaisemisen ohjenuoraksi siitä ei kuitenkaan ole, vaan tuomarin on Hyttisen mukaan hallittava rikoslainsoveltamisen metodit (ja henkilökohtaiset mielialpiteensä!) niin hyvin, että päätyy perusteluauditorionsa hyväksyttävissä olevaan rationaalisesti perusteltavaan ratkaisuun. Mutta mitä, jos hermeneutiikka tekee juuri niin kuin Hyttinen myöntää!? Mitä jos se ”tavoittaa jotakin olennaista oikeuden ymmärtämisestä”? Voiko sen silloin sivuuttaa – myöntämättä, että on valmis ajattelemaan oikeudesta haluamatta sitä ainakaan täysin ymmärtää?

Oikeustieteellisen (ja etenkin lainopillisen) tutkimuksen piirissä ei ole mitenkään tavatonta, että metodiset pohdinnat sivuutetaan täysin. Moni tuore kotimainen väitöskirja ei sisällä minkäänlaista yleisluontoista metodista jaksoa – ei ainakaan sellaista, joka tarjoaisi lukijalleen vakiintuneita fraaseja kummempaa sisällöllistä informaatiota kirjoittajansa metodisista käsityksistä¹⁹. Esimerkiksi Ruotsissa useampi nuoremman polven tutkija on päätenyt tällaiseen ratkaisuun korostetun tietoisesti.

Dennis Martinsson toteaa ajatuksen vallankumouksellisesta osallistumisesta oikeustieteen metodologiaa ja tieteellisyyttä koskevaan keskusteluun aineellista rikosoikeutta käsittelevän väitöskirjan muodossa naiiviksi. Martinsson sivuuttaakin surutta metodikysymysten yksityiskohtaisen pohdinnan väitöskirjansa alkulehdillä tähdentäen kuitenkin, ettei kyse ole ylimielisyydestä saatikka metodikysymysten mieltämisestä merkityksettömiksi. Sen sijaan Martinsson painottaa metodisen ymmärryksen ja aineellista (rikos)oikeutta koskevan argumentaation kulkevan käsi kädessä. Metodikysymysten ytimenä on Martinssonille tietynlainen sitoutuminen normatiivisiin oikeuslähteisiin – oikeuslähdeoppiin. Tämä sitoutuminen konkretisoituu lopulta vasta siinä argumentaatiossa, jota Martinsson pitkin tutkimustaan esittää. Lukijan vaivaaminen ylimalkaisilla metodisilla pohdinnoilla on kirjan alkulehdillä turhaa. Sen sijaan Martinsson keskittyy tuomaan oikeuslähdeopillisia valintojaan ja näkemyksiään esille työnsä aihepiirin aineellisoikeudellista argumentaatiota harjoittaessaan. Metodi on läsnä kaikessa, mitä Martinsson työssään tekee.²⁰

Aivan samaan tapaan Martinssonin (toisena) työnohjaajanakin toiminut Petter Asp luonnehtii omaa väitöskirjaansa yhdeksi pitkäksi riviksi esimerkkejä omaksumansa metodin (tai metodien) käytöstä. Juridiikan argumentatiivisen luonteen johdosta metodi sisältyy esitykseen implisiittisesti, eikä metodologian laaja esittely itse tutkimuksessa suoritetusta argumentaatiosta irrallisena palvele tutkimusta.²¹

Edelleen Erik Svensson toteaa oman väitöskirjansa oikeusdogmaattiseksi tutkimukseksi, jonka metodi ilmenee työstä sellaisenaan²². Joel Samuelsson puolestaan uhraa omassa väitöskirjassaan metodiselle pohdinnalle lähemmäs

¹⁹ Monografiatutkimusten ohella on syytä huomioida myös lyhemmät tutkimusartikkelit, joissa muutaman kymmenen sivun yhteydessä ei ymmärrettävistä syistä ole mahdollisuuksia tehdä useinkaan käytännössä minkäänlaista nimenomaista selkoa tekijänsä metodisista käsityksistä. Erityisen mielenkiintoisen mahdollisuuden pohdinnalle avaavat yhä enenevissä määrin kotimaisenkin lainopin piirissä laadittavat ns. artikkeliväitöskirjat, joissa ajatuksena on yleensä liittää sinällään erilliset osatutkimukset yhdeksi suuremmaksi kokonaisuudeksi. Tässä tarkoituksessa väittelijä laatii yleensä jonkinlaisen ”yhteenveto-” tai ”johdanto”-nimellä kulkevan tekstin, jossa liittää artikkelien lankoja yhteen ja esittää usein myös yleisluontoisempia metodisia pohdintojaan. Esim. Koponen 2004 s. 3 ja 9 toteaa yhteenveto-osiossaan jo siis ilmestyneet artikkelinsa ”voimakkaasti tiivistetyiksi” julkaisumuodon asettamien rajoitusten vuoksi, minkä johdosta hän pitää luonnollisena, ettei niissä ole esitetty enemmälti metodologisia kommentteja. Tällaisten lisäksi Koponen katsoo myös artikkeleissa soveltamiensa tulkintaperiaatteiden kaipaavan lisäperustelua. Ensimmäiseksi ”yhteenvetoartikkelinsa” syyksi Koponen mainitseekin artikkeleissaan jo soveltamiensa metodien ja niitä koskevien tausta-arvojen ja lähestymistapojen kuvaamisen. Ajatus itse tutkimusta (siis jo julkaistuja artikkeleita) myöhemmin täsmennettävästä metodista istuu ymmärtääkseni huonosti luonnontieteelliseen maailmaan. Myös lainoppineelle asetelma avaa mielenkiintoisia kysymyksiä; tekeekö ”yhteenvetoartikkelin” julkaiseminen Koposen artikkeleissaan jo esittämistä väittämistä painavampia? Olisiko osa näistä väitteistä jäänyt huonosti perustelluiksi ilman myöhempää täydennystä? Entä, jos Koponen ei koskaan olisi julkaissut yhteenvetoartikkeliaan? Ks. myös esim. Klemetti 2014 s. 141, 145–146, 162 ja 202, joka viittailee väitöskirjassaan toistuvasti Raimo Siltalan ”kehitteillä olevaan” juridisten konstruktioiden rakennetta koskevaan teoriaan, jonka ajatuksia Klemetti kertoo paikoin seurailevansa ja johon osa hänen ideoistaan perustuu. Viittausten kohteena on ”Oikeustieteen lait. Tutkijan aapiskirja” -niminen teos, jonka Klemetti kertoo ”ilmestyvän”. Teosta ei kuitenkaan ole kuulunut vielä tänäkään päivänä. Lukija joutuu kysymään, missä määrin Klemetin argumentaatio kärsii tästä – vai kärsiikö lainkaan?

²⁰ Martinsson 2016 s. 28–46.

²¹ Asp 1998 s. 40–41.

²² Svensson 2016 s. 45–46.

pari sataa sivua todeten tästä huolimatta ”deskriptiivisen kielikritiikin” metodinsa voivan tulla lopulta ymmärretyksi vain yhdessä myöhemmin esittämänsä argumentaation kanssa²³.

Olen täysin samaa mieltä Samuelssonin kanssa siitä, ettei kulloisenkin tutkimuksen metodijaksoa voi ymmärtää ilman varsinaista tutkimuksessa esitettävää sisällöllistä argumentaatiota – vaikkei kyseessä olisikaan yhtä omalaatuinen metodi kuin vaikkapa juuri Samuelssonin ”deskriptiivinen kielikritiikki”. Antero Jyräki on kiteyttänyt saman ajatuksen toteamalla metodisten pohdiskelujen saavan ”lihaa ja verta ympärilleen vasta jos ne yhdistetään konkreettisiin kysymyksenasetteluihin”. Juha Tolonen puhuu samasta muistuttaessaan, että ”(t)eoria elää jokaisessa käytännön ratkaisussa”.²⁴ Aivan samoin myöskään lainopin tutkimustuloksia (jos sellaisista haluaa ylipäänsä edes puhua) ei voi ymmärtää ilman sitä argumentaatiota, johon ne perustuvat. Ari Hirvonen kertoo ”kietoneensa vastauksensa tekstin kudelankaan”²⁵.

Olen itse katsonut tässä teoksessani aiheelliseksi uhrata varsin paljon aikaa ja vaivaa oikeutta ja sen tutkimista koskevaan, ja siis metodiseksi luonnehdittavaan yleisen tason pohdintaan. Suurin syy tähän on se, että uskon näkemysteni poikkeavan monissa kohdin totutusta kotimaisesta rikoslainopin ”normaaliparadigmasta”. Itse asiassa katson kyseisen paradigman siinä määrin kestävämmäksi, etten voisi kuvitella sen varassa valitsemani rikosoikeudellisen huolimattomuuden kaltaista aihetta edes tutkivani. Näin ollen joudun myös läpi tutkimukseni rakentamaan uutta – tai ehkä pikemminkin kritisoidaan vanhaa. Tämä kaikki on tietysti tehtävä siten, että lukija voi ajatuksenjuoksuaani mahdollisimman vaivattomasti seurata.

Ryhdyinkin seuraavaksi esittelemään perustavia käsityksiäni oikeudesta ja oikeustieteestä (ennen kaikkea lainopista) sekä tältä pohjalta siitä, miten oikeutta olisi mielestäni syytä tutkia. Samalla tulee kuvatuksi se, mikä kaikki tämänhetkisessä kotimaisessa lainopissa on nähdäkseni pahiten pielessä (– ja samalla tietysti ainakin välillisesti myös se, mikä on mielestäni hyvää). Koko tutkimukseni otsikko onkin lopulta kaksitahoinen: olen kiinnostunut *rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta*, jonka tutkiminen on johtanut minut *huolestumaan rikosoikeudesta*. En voi ymmärtää rikosoikeudellista huolimattomuutta ymmärtämättä rikosoikeutta.

Lukija tulee esitystäni seurattaessa huomaamaan yhä selvemmin ja selvemmin, kuinka vahvasti ajatteluni on kiinni hermeneuttisessa tavassa hahmottaa maailma, ja kuinka koko esitys kiertyy yhdeksi epämääräiseksi hermeneuttiseksi spiraaliksi, jossa kaikki liittyy lopulta kaikkeen. Asemalta toiselle rautakiskoja pitkin siirtyvän junan sijaan esitykseni käyttäytyy kuin kuumaa puurovatia kiertäen väijyvä kissa. Kaiken ytimessä, puuron voisi silmänä, möllöttää pyrkimys *ymmärtää* rikosoikeutta ja sitä kautta rikosoikeudellista huolimattomuutta. Lieneekö sattumaa, että suomen kielen sana ”ymmärtää” näyttäisi kytkeytyvän ympäri kiertämiseen, saartamiseen ja ajatuksen voimalla ympäröimiseen, joskus jopa kiinni saamiseenkin²⁶?

Rikosoikeus ja rikosoikeudellinen huolimattomuus ovat uskoakseni aivan liian monitahoisia asioita, jotta niitä koskevan ymmärryksen voisi saavuttaa

²³ Samuelsson 2008 s. 38, 158–159 ja 188.

²⁴ Jyräki 1997 s. 81 ja Juha Tolonen 1988 s. 1048.

²⁵ Hirvonen 2004 s. 275.

²⁶ Häkkinen 2004 s. 1537, jossa esiin nousee myös karjalan ”ymmärteä”, viron ”ümardada” ja liivin ”immörtö” -sanojen osalta *palvelemiseen* viittaava merkitys.

suoraviivaisesti yhdestä perspektiivistä. Jostain on kuitenkin aloitettava. Itselleni luontevin alku on kysyä, *mitä oikeus on*²⁷.

²⁷ Vastaavasti esim. Aarnio 2006 s. 52 kertoo ajattelunsa "marssijärjestyksen" olleen jo pitkään: ontologia, epistemologia, metodologia – eli olemassaolo, tieto ja menetelmä.

2. MITÄ OIKEUS ON?

”Mihin vertaisimme Jumalan valtakuntaa? Millä vertauksella kuvaisimme sitä?”

(Mark. 4:30)

Ronald Dworkin aloittaa teoksensa *Law's Empire* (1986) otsikon mukaisella kielikuvalla meistä kaikista oikeuden valtakunnan kansalaisina – ja alamaissina –, jotka elävät oikeudessa ja oikeuden kautta toimien samalla koko tämän valtakunnan metodien ja ideaalien kannattimina. Oikeus on Dworkinin mukaan jäsentynein ja ilmeisin sosiaalisista instituutioistamme. Ymmärtämällä oikeudellisen argumentaatiomme luonnetta paremmin ymmärrämme Dworkinin mukaan samalla paremmin millaisia ihmisiä oikein olemme.²⁸

Tästä huolimatta oikeudesta puhuminen – tai edes oikeuden ajatteleminen – ei ole helppoa, vaan itse asiassa hirtittävän vaikeaa. Eräs keino vaikeiden – tai ymmärryksen ylittävien – asioiden käsittelyyn on juuri metaforinen, kuvallinen kieli, jonka epämääräisyys tekee jollain kummallisella tavalla puheen helpommaksi. Kyse on uskoakseni siitä, että metafora sisältää jo itsessään ajatuksen kuvauksen epätäydellisyydestä. Se on vaillinaisen – joskin ehkä yllättävän – *näkökulma*, joka paljastaa kohteestaan jotain tehden kuitenkin kuulijalle selväksi, ettei tavoitteenakaan ole tyhjentävä kuvaus.²⁹ Evankeliumeissa Jeesus yrittää havainnollistaa Jumalan valtakunnan olemusta vertaamalla sitä niin lamppuun, nuottaan, hapatteeseen, aarteisiin kuin erinäisiin siemeniinkin ja vielä niiden kohtaloon kylvön jälkeen³⁰. Myös oikeustieteen piiristä on löydettävissä mitä erilaisimpia vertauksia oikeudesta tai oikeusjärjestelmästä.

Oikeutta voi kuvata vaikkapa maaperäksi, josta erilaisten sedimentaatioprosessien seurauksena on mahdollista rapsutella esiin lukuisia eri kerrostumia³¹. Mikäli kuvausta haluaa elävöittää, voi puheen maaperästä vaihtaa siitä versovaan puuhun, jossa kasvualustan ravinteet johtuvat osmoottisesti yhä monihaaraiseksi käyvän rungon ja oksaston kautta lehtiin. Perustavanlaatuisemmat oikeudelliset periaatteet ja oikeudenalajaottelut vaihtuvat yhä yksityiskohtaisemmiksi oikeudellisiksi käsitteiksi tai laeiksi, joita varisee välillä pois niiden korvautuessa yhä uusilla ja uusilla.³² Yhä

²⁸ Dworkin 1986 s. vii ja 11.

²⁹ Metaforien merkityksestä oikeustieteille ks. esim. Andersson 2004 s. 15–46. Ks. myös Backman 1992 s. 66–100, joka puhuu ”oikeuden spesifisyyden luonnenaamiosta” tarkoittaen oikeustieteessä halki vuosisatojen erilaisten *fiktioiden*, *analogioiden* ja *reduktioiden* kautta annettuja epäsuoria vastauksia oikeusteorian ikuisuuskysymykseen siitä, *mitä oikeus on*. Kyseiset ajatusmallit kuvaavat oikeusjärjestystä ”*ikään kuin*” se olisi jotakin muuta kuin mitä se on – ikään kuin oikeussäännöt olisivat pelisääntöjä, oikeustoimia, imperatiiveja jne. jne.

³⁰ Ks. esim. Mark. 4:1–34, Matt. 13:1–52 sekä Luuk. 8:4–18, 13:18–21 ja 14:15–24. (Jeesuksen) Vertauksista ks. Thurén 2015, joka huomauttaa, etteivät Raamatun vertaukset ole jonkinlaisia täyteensä teologiaa ja historiaa ahdettuja laatikoita (millaisilta ne jo vuosituhanten usein mitä korkealentoisimman selityksiperinteen valossa saattavat näyttää), vaan suhteellisen yksinkertaisia ja monesti oikeastaan aika kummallisiaakin välineitä, joilla Jeesus ja/tai evankelista yrittää vakuuttaa kuulijoitaan jostain (s. 10). Thurén pyrkiikin lukemaan vertauksia modernin tekstikeskeisen kirjallisuudentutkimuksen ja retorikan pohjalta *sellaisinaan* – ”puhtaalta pöydältä”, ja varoen niiden käyttämistä esim. jonkinlaisten omien ideoidensa tai ongelmiensa palvelemiseen (erit. s. 10–17).

³¹ Ks. vaikkapa Kaarlo Tuorin tunnettu oikeuden tasoteoria (Tuori 2000) tai vaikkapa Bruno Latourin ajatus oikeudesta erilaisten kanteiden muodostamana biomassana, joka tultuaan tuomioistuimen jauhamaksi sedimentoituu vuosikirjojen niteisiin – tullakseen sitten joskus taas avatuksi ja muovatuksi (ks. Viljanen 2010 s. 396–397, joka Latourin ajattelua kuvaillaan yrittää (kohteelleen uskollisesti) antaa tämän olla sitä mitä Latour on. Ja ihme ja kumma: Latourin ”kielikuvat onnistuvat saamaan kiinni jostakin olennaisesta, joka kuvaa juristin julkilausumatonta ja irrationaalisuudessaan ja ’epätieteellisyydessään’ kiusallista kokemusta siitä, mitä oikeus oikeastaan on”! (s. 400)).

³² Yhtä hyvin oikeudesta voisi toki puhua vaikkapa talona, puutarhana, metsänä tai teatterina kuten esim. Karhu 2019a erit. s. 146 alav. 2.

edelleen kuvaus elävöityy ajattelemalla oikeutta puun juurella yksinään norkoilevana ja introverttina lapsena, jota ei itseään juuri kiinnosta kanssakäyminen muiden kanssa, ja joka pyydetään yhteisiin leikkeihin lähinnä silloin, kun tähän on vaikkapa *tarvetta*.

Edellisiä oikeuden kuvauksia voidaan tarkentaa koskemaan nimenomaan *rikosoikeutta*. Tuolloin voitaisiin puhua vaikkapa geologisesti melko vakaasta maaperästä, jossa muutokset ovat geologianakin mittapuulla varsin hitaita³³ ja jossa hyvin pian pinnan jälkeen kohdataan kerta toisensa jälkeen samojen vanhojen kysymysten peruskallio³⁴. Tai vaikka vanhasta aarniometsästä, jonka hoidossa ei ole syytä lähteä ennakkoluulotta mukaan uusimpiin metsänhoitosuuntauksiin³⁵. Lapsi-metaforaa voidaan rikosoikeuden tapauksessa hienosäätää tekemällä siitä paitsi pihan vahvin myös aggressiivisin ja tökeröin poika³⁶, jota pyydetään apuun vain kun mikään muu ei auta ja tällöinkin erinäisille vihanhallintakursseille ohjaten³⁷.

Perustavanlaatuisin yleinen oikeutta koskeva väittämä, minkä noin 10 vuotta oikeuden edes jossain määrin jäsentyneen tarkastelun jälkeen uskallan allekirjoittaa, on ajatus oikeuden ”radikaalista tulkinnanvaraisuudesta”. Ja mitä enemmän oikeutta tutkin, sitä vakuuttuneemmaksi asiasta tulen. Kyseinen termi on peräisin ilmeisesti Thomas Morawetziltä, joka siis luonnehtii modernia oikeutta *radikaalisti tulkinnanvaraiseksi yhteiskunnalliseksi käytännöksi*, jonka niin episteeminen, käsitteellinen, konstitutiivinen kuin metodinenkin identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille. Tämän näkökulman ovat omaksuneet nimenomaisesti oikeusteoreettisten kokonaisesitystensä lähtökohdiksi muun muassa Raimo Siltala ja Seppo Laakso³⁸. Samaa tapaan esimerkiksi Panu Minkkinen puhuu oikeustieteestä *epävarmana, otaksuntaan perustuvana* ja ylipäänsä *inhimillisenä*

³³ Ks. esim. Meyer 2011, joka vertaa rikosoikeudellisia kysymyksenasetteluita geologisiin (kreikaksi ”maaopillisiin”) ja rapsuttelee niiden taustalta esille erilaisia kerrostumia. Rikosoikeuden konservatiivisuudesta tai suoranaisesta anakronistisuudesta ks. esim. Jareborg 1979 s. 39, Lernestedt 2003 s. 265 ja Träskman 2004 s. 162.

³⁴ Ks. Koskinen 2003 s. 155 ja 1998 s. 327, joka toteaa rikosoikeuden lopulta niin homogeeniseksi oikeudenalaksi, että otettiinpa lähtökohdaksi mikä yksittäiskysymys tahansa, vähän syvemmälle raaputettaessa vastaan tulevat aina samat elämä suuremmat filosofiset täisyyskysymykset. Myös esim. Hirvonen 1994 s. 1–3 toteaa länsimaista rikosoikeutta vaivanneen jo 2000 vuotta vanhat perus- tai kompastuskivet. Ks. edelleen Frisch 2012, joka niin ikään löytää erilaisten (eurooppalaisten) rikosoikeusjärjestelmien taustalta lopulta varsin samanlaiset (valistus)filosofisiin lähtökohtiin pohjautuvat periaatteet ja instituutiot. Esim. Husa 2004 s. 159 toteaa eurooppalaisten kansallismaitoioiden säädöskruoren pinnan alta nousevan ylipäänsä (niin ikään ”vähäisistä raaputtelulla”) esiin roomalaisen oikeuden yhteinen vaikutus.

³⁵ Ks. esim. Ellilä 1960 s. 504–505, joka korostaa, ettei rikosoikeus ole pelkkä kuiva ”pykälämetsä”, jota saisi kasvattaa, hoitaa, uudistaa ja kaataa miten tahansa, vaan rikosoikeudellisten säännösten säätämisessä, soveltamisessa ja tulkinnassa on kyse oikeuselämän ”vakavasiältöisistä asioista ja problemeista” niin yhteiskunnan kuin loukatun ja loukkaajaksi epäillynkin kannalta. Ellilän mukaan rikosoikeudessa on yleensä luotettavampaa pikemminkin kriittinen vanhoillinen pidättyvyys ja varhaisemmalla kansallisella pohjalla pysyminen sekä lainsäädännön senhenkinen edelleen kehittäminen kuin liian helppo ja ajattelematon vihtymys uusiin virtauksiin ja järjestelyihin.

³⁶ Ks. esim. Pirjattaniemi 2005 s. 369–370, joka kuvailee rikosoikeuden harjoittamaa ”kommunikaatiota” puhumisen sijaan huutamisena – ja tarvittaessa käsimä. Esim. Jareborg 1992 s. 209 toteaa rikosoikeuden väkivaltaisimmaksi oikeudenalaksi, jonka tutkiminen on lähinnä masentavaa (”straffrätten är i grunden grym”). Ks. vielä Vikatmaa 1970 s. 8–9, joka toteaa rikosoikeudelle tyypilliseksi dikotomisen joko/tai -ajattelun, sekä Hirvonen 2000 s. 166 ja 215, joka toteaa rikosoikeuden yhdistämisen erityisesti formaalina oikeudenalana nimenomaan maskuliinisuuteen omaavan vanhat perinteet. Myös modernimpi naisioikeudellinen kritiikki on usein yhdistänyt näennäisesti sukupuolineutraaliin rikosoikeuteen patrikaalisen liberalistisen yhteiskuntakäsityksen (näin esim. Melander 2008a s. 103). Esim. Nuotio 2003a s. 252 varoittaa rikosoikeutta häärimästä kuin norsu lasikaapissa – eli kaikilla elämäanalueilla ja muita sääntelyinstrumentteja kunnioittamatta.

³⁷ Ks. esim. Melander 2016 s. 8, Hakamies 2012 s. 15–17, Pirjattaniemi 2005 s. 21 ja 168–169, Nuuttila 1997b s. 8–9 sekä Tapani-Tolvanen-Hyttinen 2019 s. 68, jotka puhuvat kaikki rikosoikeuden suuntautumisesta yhä enenevissä määrin konfliktinratkaisumekanisiksi. Vrt. esim. Jareborg 1995 s. 27 ja Lernestedt 2003 s. 264, jotka sen sijaan katsovat rikosoikeuden ainoaksi oikeudenalaksi, joka ei ole ensisijassa kiinnostunut konfliktinratkaisusta ja yhteiskunnallisten ongelmien helpottamisesta. Jälkimmäisten kanssa samantapaisesti myös Hyttinen 2015 s. 326. Vastaavaa ongelmanratkaisuinstrumentti vai repressiokeino -keskustelua käytiin myös rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä 1990-luvun vaihteessa (ks. Lahti 2013a s. 17). Länsimaiselle oikeudelle yleensäkin tyypillisestä suuntauksesta instrumentalistisiin tavoitteisiin ks. esim. Ervasti 2017 s. 43–44, 64, 267–268 ja 272.

³⁸ Siltala 2003 esim. s. 29 ja Laakso 2012 esim. s. 17. Ks. myös Laakso 2013 s. 70–71, jossa Laakso toteaa oikeudellisen päättelyn edustavan ”argumentoinnin piiriin sijoittuvaa aporeettista ajattelua”, joka siis pyrkii vakuuttavaan hyväksyttävään lopputulokseen sitoutuen loogisen kalkyylin sijaan pehmeämpiin rationaalisuusehtoihin. Ks. vielä ”rikosoikeudellisesta skitsofreniasta” puhuva Hyttinen 2015 s. 126, joka toteaa oikeutta koskevien ristiriitojen todellisuuden käyvä parhaiten ilmi yksinkertaisesti lukemalla korkeimman oikeuden äänestysratkaisuja ja oikeusoppineiden kirjoituksia.

perimmältään *aporeettisena* tieteenä³⁹. Ja vaikka Aulis Aarnio oikeuden olemassaolosta mahdollisesti(!) ”monimutkaisena vastavuoroisten uskomusten järjestelmänä”⁴⁰.

Siltalan oikeustieteenteoreettisen näkemyksen ydin on ymmärtääkseni juuri edellisestä seuraavassa ajatuksessa, jonka mukaan oikeuteen ei voi olla näkökulmaa ”ei-mistään”, vaan kaikki oikeuden tutkiminen edellyttää aina ja välttämättä lukuisia ennakkollisia sitoumuksia – täysin riippumatta siitä, missä määrin itse kukin oikeuden tutkija niitä tuo nimenomaisesti julki, tai tulee niitä edes itse ajatelleeksi. Esimerkiksi lainopin tuottamiin oikeudellisiin tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseisiin on Siltalan mukaan aina sisäänrakennettuna tieteenteoriasidonnainen käsitys siitä, mitä oikeus ja oikeustiede ylipäänsä ovat.⁴¹ *Oikeustieteen tieteenteoria* -monografiassaan (2003) Siltala systematisoi kyseisiä sitoumuksia ”tieteenkuvan” käsitteen alaisuuteen eritellen tältä osin 1) ontologiset, 2) loogis-lingvistiset, 3) epistemologiset sekä 4) metodologiset sitoumukset. Kahdesta ensimmäisestä Siltala puhuu ”oikeuden äärellisyyden analytiikkana” ja kahdesta jälkimmäisestä ”oikeuden institutionaalisenä positiviteettina”. Kyseiset sitoumukset muodostavat lopulta vain yhden osan tutkijan itseymmärryksen osatekijöiden ”seitsemän T:n listalta”, johon Siltala laskee siis tieteenkuvan ohella tieteenalan, tutkimuskohteen, tiedonintressin, tutkimusmetodin, tutkijanideologian sekä tutkimustulokset. Kyseisten sitoumusten tekoon vaikuttavat Siltalan käsityksen mukaan lopulta kunkin tutkijan aksiologiset (eli arvoperustaiset) ja yhteiskuntaideologiset (eli poliittiset) näkemykset. Niin kauan kuin kyseisistä arvoperusteista ja poliittisista näkemyksistä ei päästä absoluuttiseen yhteisymmärrykseen, jäävät oikeutta koskevan tutkimuksen ”totuudet” auttamatta suhteellisiksi.⁴²

Mikäli yksittäiseltä tieteelliseltä teorialta (tai ylipäänsä tieteelliseltä ajattelulta) edellytetään *holistisuutta* ja *koherenssihakuisuutta*, näyttäisi Siltalan edellä mainituista teeseistä seuraavan, ettei mitään tieteellisen teorian osatekijää voi noin vain irrottaa alkuperäisestä tutkimuksellisesta kontekstistaan ilman, että mukana seuraisi yhtä jos toistakin tutkimuksellista metafysiikkaa kyseessä olevan teoria- tai metodifragmentin edellyttämien muiden tieteenfilosofisten sitoumusten, premissien,

³⁹ Minkkinen 1998 s. 21–42 ja 257.

⁴⁰ Aarnio 2006 s. 53.

⁴¹ Siltala 2003 s. 185, 387 ja 396 sekä Siltala 2009 s. 281–282 ja 284–285, jossa Siltala toteaa juuri tämän vuoden 2003 teoksensa keskeiteesiksi. Samaan tapaan esim. Dworkin 1986 s. 101 esittää mielenkiintoisen ajatuksen siitä, kuinka oikeudelliseen ajatteluun sinänsä välttämättä sisältyvien elämää, yksilöä ja yhteiskuntaa koskevien perustavanlaatuisien kysymysten osalta oikeudellinen ajattelija (eli esim. jokainen juristi) saattaa eksplisiittisten ja artikuloitujen vastausten sijaan olla omaksunut pikemminkin jonkinlaisia epämääräisempiä *asenteita* näitä kysymyksiä kohtaan. Esim. tuomarin työskentelyä arvioitaessa näitä käsitelmiä ja asenteita voi joutua kaivamaan esiin eri tavoin (s. 256). Lopulta ylipäänsä koko oikeudessa näyttäisi Dworkinille olevan kyse jonkinlaisesta *asennoitumisesta* – tulkinnallisesta, itsereflektiivisestä, protestanttisesta, konstruktivistisesta, veljellisestä asennoitumisesta (s. 413). ”Lawyers are always philosophers, because jurisprudence is part of any lawyer’s account of what the law is, even when the jurisprudence is undistinguished and mechanical.” (s. 380) Samaan tapaan ks. myös Lappi-Seppälä 1987 s. 62, joka muistuttaa, ettei moraali – sen enempää kuin oikeuskaan – uinu jossain valmiina löytäjänsä odottaen. ”Samalla tavalla kuin oikeus, myös moraali on tahdon asia.”

⁴² Siltala 2003 s. 145–147, 389, 393–394 ja 731. Ks. erit. s. 156–157 taulukko. ”Tieteenkuvan” rinnalla Siltala puhuu lainopin yhteydessä myös Thomas Kuhnin innoittamana ”tulkintamatriisista”. Samantapaisesti esim. Backman 1992 s. 10–20 ja 66 puhuu oikeustieteen *ideologiapitoisuudesta* sekä oikeusjärjestyksen *vuorovaikutuksesta useiden yhteiskunnallisten ilmiöiden* ja myös oikeustieteen ulkopuolisten *tieteenalojen kanssa, esiintymisestä kielen muodossa, oikeustieteellisten ajattelutapojen ylihistoriallisesta säilymisestä, kehittyneen oikeusjärjestyksen kiistattomasta monimutkaisuudesta* sekä oikeustieteeseen sisältyvistä useista erilaisista *tiedonintresseistä*, mitkä Backman näkee syyksi erilaisten oikeustieteellisten katsomustapojen monimuotoisuuteen. Backmanin mukaan ”oikein ymmärrettynä” oikeustiede onkin väistämättä moniaineellinen ja metodisesti avoin tieteenala. Edelleen hyvin samantapaisesti Laakso 2012 s. 16–17 ja 504 erittelee lainopin peruskysymyksen (”mikä on voimassa olevan oikeuden kanta tiettyyn oikeudelliseen ongelmaan”) taustalle useamman oikeusajattelua jäsentävän peruskysymyksen joista muodostuu toisiinsa niin ontologian, epistemologian, metodologian sekä logiikan ja aksiologian kautta kytkeytyvä oikeusteorian ja -filosofian klassinen ongelmakokonaisuus. Ks. vielä vaikkapa Kaisto 2005 s. 161, 167, 245, 308 ja 319, joka niin ikään muistuttaa, ettei todellisuutta voi ottaa ”annettuna”, eikä meillä ole jonkinlaista ”Jumalan näkökulmaa” siihen, millainen maailma on, vaan kaikki tieteellinen toiminta edellyttää lukuisten ontologisten sitoumusten omaksumista.

käsitemäärittelyjen ja muiden reunaehtojen merkityksessä – oltiinpa tästä edelleen tietoisia tai ei. Johtuen mitä moninaisimpien ennakkolisten sitoumusten välttämättömyydestä, sisältää erilaisten tutkimusten yhdistely huomattavan ristiriitaisuuden ja epäkoherenssin riskin.⁴³

Vaikken itse katso tarpeelliseksi lähteä seuraamaan Siltalan (tai Laaksonkaan) monimutkaisia jaotteluja oikeudelliseen ajatteluun välttämättä sisältyvistä sitoumuksista, allekirjoitan ajatuksen oikeudesta ”radikaalisti tulkinnanvaraisena” ilmiönä, jonka olemus on pitkälti riippuvainen siitä, millaisesta näkökulmasta itse kukin sitä lähtee tarkastelemaan. Itselleni kyse on ylipäänsä kaikkeen inhimilliseen tulkintaan liittyvästä hermeneuttisesta ”aapistotuudesta”, joka tosin saa aivan korostuneen merkityksen oikeuden kaltaisen – ja siis vielä kerran: ”radikaalisti tulkinnanvaraisen” – ilmiön kohdalla. Hyväksyn niin ikään Siltalan ajatuksen erilaisten tutkimusten yhdistelyyn sisältyvästä *reduktionismin* ja *epäkoherenssin* riskistä – siitä, että erilaisten sitoumusten varassa tehdyt väitteet ovat helposti eriparisia ja suoranaisesti yhteensopimattomia, ja näin niiden eklektinen yhdistely johtaa helposti erinäisiin ristiriitaisuuksiin. Olen kuitenkin uskoakseni pitkälti eri mieltä Siltalan kanssa siitä, millaisia johtopäätöksiä oikeustieteen harjoittajan tulisi tästä kaikesta tehdä.

Siltala näyttäisi ajattelevan, että hyvä oikeudellinen tutkimus valitsee johdonmukaiset ja keskenään yhteensopivat teoreettiset sitoumukset ja etenee sitten näiden varassa niin ikään johdonmukaisiin ja koherentteihin johtopäätöksiin varoen visusti yhdistelemästä ajatuksenkulkuihin ”vieraille” sitoumuksille perustuvia, ja siis epäkoherentteja ajatuksia. Näen itse tämänkaltaisessa ajattelussa perustavanlaatuisen vaaran – ja ehkäpä jopa suoranaisen virheen.

2.1 Koherenssihakuisuuden vaara

Vaarassa on kyse siitä, että pyrkimys keskenään (tieteenteoreettisesti, aksiologisesti, poliittisesti jne.) yhteensopivien ajatusten yhdistelemiseen on uskoakseni omiaan johtamaan ilmiöön, jota esimerkiksi Ludvig Wittgenstein tai Søren Kierkegaard saattaisivat kutsua tieteelliseksi keripukiksi.⁴⁴ Kyse on samasta asiasta, josta nykyisin puhutaan vaikkapa ”sosiaalisen median kuplina” tai ”kaikukammioina” – siitä, että keskustelukumppaneiksi hyväksytään, ja ymmärretään alun perinkin edes valita, vain enemmän tai vähemmän samalla tapaa ajattelevia.

Karl Popper kirjoittaa *The Logic of Scientific Discovery* -teoksensa ensimmäisen englanninkielisen version (1959) alkusanoissa⁴⁵:

”It may perhaps be asked what other ‘methods’ a philosopher might use. My answer is that though there are any number of different ‘methods’, I am really

⁴³ Siltala 2013 s. 328–333 ja Siltala 2003 s. 398.

⁴⁴ Wittgenstein 1953/1967 § 593 (s. 155): ”A main cause of philosophical disease – a one sided diet: one nourishes one’s thinking with only one kind of example.” Kierkegaard 1846/1998 s. 46: ”Ylipäänsä se, mitä asian pitämiseksi helppona ja yksinkertaisena tarvitaan, on vain varovaisuutta ruokavaliassa, sellaisten oppineiden välimääreiden karttamista, joista ennen kuin arvataankaan voisi kehittyä sadan vuoden parenteesi.” Michel de Montaigne muistuttaa, ettei sinällään monipuolisellakaan ruokavaliolla vielä pääse pitkälle, ellei eri ruoka-aineita osaa hyödyntää: ”On todiste huonosta ruoansulatuksesta ja omaksumiskyvyn puutteesta oksentaa ravinto takaisin samassa muodossa kuin on sen niellyt. Vatsa ei ole tehnyt tehtävänsä, jos se ei ole muuttanut sille annettun ruoan olemusta ja muotoa. ... Mehiläiset ryöstelevät mettä kukista sieltä täältä, mutta tekevät siitä sen jälkeen hunajaa, joka on kokonaan niiden omaa; se ei ole enää timjamia eikä meiramia. Samalla tavoin oppilas muuntaa muilta lainaamansa ainekset, sekoittaa ne keskenään ja luo niistä teoksen, joka on kokonaan hänen omansa, nimittäin oman ymmärryksensä.” (Montaigne 1580/2003 s. 206–208)

⁴⁵ Popper 1959/2002 s. xix–xx.

not interested in enumerating them. I do not care what methods a philosopher (or anybody else) may use so long as he has an interesting problem, and so long as he is sincerely trying to solve it. Among the many methods which he may use – always depending, of course, on the problem in hand – one method seems to me worth mentioning. It is a variant of the (at present unfashionable) historical method. It consists, simply, in trying to find out what other people have thought and said about the problem in hand: why they had to face it: how they formulated it: how they tried to solve it. This seems to me important because it is part of the general method of rational discussion. If we ignore what other people are thinking, or have thought in the past, then rational discussion must come to an end, though each of us may go on happily talking to himself.”

Popperille on siis yleisellä tasolla se ja sama, millaista lukuisista erilaisista ”metodeista”, tai sellaisten yhdistelmistä, itse kukin katsoo parhaaksi vastauksia etsiessään käyttää niin kauan kuin tieteen tekeminen säilyy *mielenkiintoisten ongelmien vilpittömänä ratkaisuyrityksenä*. (Toiminnan *vilpittömyydestä* kaikesti jo seuraa se, että kukin pyrkii valitsemaan ongelmiensa ratkaisuun *parhaiten* soveltuviksi katsomansa metodit.) Tästä huolimatta Popper katsoo aiheelliseksi nostaa esiin erään rationaaliseen keskusteluun – tai ylipäätään *keskusteluun* – sisäänkirjoitetun seikan: toisten jo esittämien (ja siis ”historiallisten”) ajatusten ja kannanottojen kuuntelemisen. Siinä vaiheessa, kun tieteen tekijä sulkee korvansa muiden ajatuksille, vaihtuu (rationaalinen) keskustelu yksinpuheiluun. Tällainen voi toki sinänsä olla eriävien näkemysten kuuntelemisen sijaan hyvinkin mukavaa. Tässä ei kuitenkaan enää ole kyse tieteestä. Popper muistuttaakin vain Jumalan puhuvan suurimmaksi osaksi itsekseen. Hänellä kun ei ole arvoisiaan puhekumppaneita.⁴⁶ Filosofi ei sen sijaan ole sen jumalallisempi kuin kukaan muukaan – eikä tätä ole myöskään tieteentekijä –, jos hänet nyt haluaa filosofista erottaa.

Tässä kohdin on syytä huomata, ettei tieteelliseen holismiin ja koherenssiin pyrkimisestä vielä tietysti tarvitse seurata minkäänlaista keskustelukumppaneiden rajaamista. Holismi ja koherenssihan koskee kutakin yksittäistä tutkimusta. Kukin voi siis vapaasti haalia keskustelukumppaneikseen keitä vain, kunhan lopulta järjestää omat näkemyksensä koherentiksi kokonaisuudeksi perustellen väitteensä edelleen koherentein ja yhteensopivin argumentein. Tämän teoksen yhtenä keskeisimmistä tavoitteista on osoittaa, ettei tämä valitettavasti näyttäisi toteutuvan kotimaaisessa rikoslainopissamme. Väitän, että edellä maalilemani uhkakuva yksipuolisesta samansuuntaisten ajatusten keräilystä konkretisoituu monissa kohdin kotimaista rikoslainoppiamme. Näin ei (ehkä?!) tarvitsisi olla, mutta valitettavasti näin näyttäisi vain helposti pääsevän käymään. Lisäksi suhtaudun epäilevästi ajatukseen siitä, että aitoa keskustelua voisi käydä ajatellen, että oman argumentaation kanssa ”epäsopivat” ainekset kuitenkin lopulta karsitaan omista perusteluista.

2.2 Koherenssihakuisuuden suoranainen virhe

Suoranaisen *virheen* osoittamisen kohdalla en ole lainkaan yhtä varma kuin edellisen vaaran suhteen. Vielä epävarmempi olen siitä, onko näkemystäni mahdollista perustella. Yritän nyt kuitenkin. Uskon, että ajatus oikeutta koskevien väitteiden holistisuudesta tai koherenssista ei lopulta ole kannatettava, tai edes mahdollinen, siitä

⁴⁶ Popper 1959/2002 s. xx.

yksinkertaisesta syystä, ettei oikeus ole olemukseltaan koherenttia ja holistista. Oikeudessa on kyse ihmisten yhteiselon järjestämisestä jollain tapaa siedettävällä tavalla. Lisäksi oikeus (ainakin moderni argumentaatioteoriaan nojaava oikeus) itsessään syntyy tällaisen yhteiselon – jälleen kerran: *keskustelun*⁴⁷ – pohjalta. Oikeus on aivan yhtä koherenttia ja holistista kuin ihmiselämä johdonmukaista ja ymmärrettävää – eli paremminkin: aivan yhtä käsittämätöntä, monimutkaista ja *ratkeamatonta*⁴⁸. Oikeus on pohjimmiltaan mysteeri ja ihme – salaisuus, joka jättää tarkastelijansa kerta toisensa jälkeen haukkomaan henkeään epäuskoisen ihmetyksen vallassa⁴⁹. Siitä, kykeneekö joku joskus tämän mysteerin ratkaisemaan, en tiedä. Olennaista on se, ettei minulla ole tiedossani asiaan minkäänlaista ratkaisua. En ole tällaista ratkaisua, enkä ratkaisijaa, vielä tavannut – enkä rehellisyyden nimissä kykene näkemään minkäänlaisia edellytyksiä sille, että ratkaisu hämmöittäisi missään lähimaailmaan.

Oikeus on *runollista* – sitä ei voi pelkistää kylmäksi logiikaksi – ei edes hyötyjä ja haittoja ilmaiseviksi numeroiksi⁵⁰.

Oikeus on ylipäänsä *taiteellista*⁵¹.

Oikeus on... – se on ”perusteeton perusta, jota mikään oikeusteoria ja oikeudellinen näkemys ei kykene tavoittamaan ja asettamaan perustaksi, mutta joka saattaa ilmetä ainutlaatuisena ja singulaarisena oikeinolemisena”⁵² tai vaikkapa välähdyksenomaisena *kutsuna*⁵³.

⁴⁷ Ks. esim. Palo 2009 s. s. 42, 44 ja 56, joka luonnehtii oikeudellista ratkaisujattelua tiettyjen pelisääntöjen mukaan tapahtuvaksi keskusteluksi, jossa saavutettujen ratkaisujen pätevydestä ei voi puhua huomioimatta asianomaista keskusteluryhmää, auditoriota. Argumentaatio edellyttää aina vähintäänkin jonkinlaista kohtaamista ja yhteisymmärrystä. Se on dialogia, jossa on kaksi tahoa. Auditoriokeskeisyyden johdosta argumentointi on aina myös kulttuurisidonnaista toimintaa.

⁴⁸ Esim. Klami 1983 s. 366 toteaa rikosoikeuden perusajattelutapoihin kätkeytyvän suunnaton määrä ajatusharjoja ja sekavuutta, mikä ei Klamien mielestä ole sinällään lainkaan ihmeteltävää – ”onhan rikosoikeuden koko perusidea, yhdenmukaisen käyttäytymisen turvaaminen uhkaamalla ja myös aiheuttamalla kärsimystä poikkeavasti käyttäytyvälle, tavattoman vanha”.

⁴⁹ Ks. esim. Pullinen 2003 s. 80, joka viittaa Gadamerin ajatukseen ”ihmeiden hämmästelystä” – ihmettelevästä tarkastelusta, jossa kohteen edessä viivytään, seisahdutaan hämmästellessä. Hämmästyntynyt pysähtyy ihmettelemään ja katsoo katsomistaan.

⁵⁰ Ks. esim. Nussbaum 1996, jossa Nussbaum kertoo jatkavansa Oliver Wendell Holmesin ajatusta siitä, kuinka Aristoteleen opiskelu auttaa näkemään, että ”life is painting a picture not doing a sum” (s. xix). Teos on rakennettu eräänlaiseksi vuoropuheluksi Charles Dickensin *Hard Times* -romaanin kanssa, jossa Nussbaum näkee taloustieteellisen ja kylmän matemaattisen utilitarismin kohtaavan pehmeämmän sirkusmaailman. ”(The economic mind is – JR) (b)lind, above all, to the fact that human life is something mysterious and extremely complicated, something that demands to be approached with faculties of mind and resources of language that are suited to the expression of that complexity.” (s. 27) Huolimatta selvästä vastakkainasettelusta, jossa ”kylmä ja kova utilitarismi” joutuu useaan otteeseen ikävään valoon, painottaa Nussbaum lopulta jonkinsortin kompromissia; oikeudellinen päättely on lähtökohdiltaan teknisluontoista laintuntemista ja oikeuskäytännön hallintaa, mutta näiden muodostamien rajojen sisällä lainkäyttäjän on kyettävä käyttämään mielikuvitustaan, josta Nussbaum käyttää nimitystä ”fancy” (sekä ”pseudomathematical vision of human beings” sekä ”a rich and concrete vision that does justice to human lives”) (crit. s. 82–83, 99 ja 118). ”Fancy is the novel’s name for the ability to see one thing as another, to see one thing in another. We might therefore also call it the metaphorical imagination.” (s. 36)

⁵¹ Kotimaisten esitysten osalta ks. esim. *Oikeuden tuolla puolen* -antologia (2002), jossa on oma oikeus & taide -jaksonsa. Ks. myös Hirvonen 2004, jossa oikeudellista ajattelua lähestytään Caravaggin *Matteuksen kutsuminen* -maalauksen kautta, sekä Frände 2016a, Frände 2014a, Frände 2011 sekä JFT 6/2005 *Law & Literature* -teemanumero, joissa oikeutta katsotaan puolestaan kirjallisuuden suunnalta.

⁵² Hirvonen 2000 s. 475–476. Väitöskirjassaan Hirvonen yrittää tutkimusongelman haltuunottamisen ja käsitteellisten systeemien rakentelun sijaan avautua fenomenologiselle oikeuden itsensä kokemusvalmiudelle. Tämä tapahtuu Sofokleen *Antigone*-näytelmän välityksellä, jonka Hirvonen uskoo sanovan ratkeamattomalla ja moniselitteisellä tavalla jotain sellaista oikeudesta, jota niin sitä seurannut filosofia kuin sittemmin oikeustiedekään ei ole kyennyt sanomaan (s. 441). Vastaväittäjä Juha Sihvola toteaa juuri ”oikeudenmukaisuuden kokemuksen alati määrittelijänsä pakenevan ilmaisemattomuuden” siksi vaikeaksi asiaksi, jota Hirvonen työssään jäljittää (Sihvola 2001 s. 150). Hirvonen ei toki suinkaan ole ainoa (edes Suomessa), joka on lähtenyt etsimään oikeutta Antinoge-näytelmästä. Ks. esim. Juha-Pekka Renton tulkinta (Rentto 2003b), jossa näytelmä todetaan heti alussa länsimaisen kaunokirjallisen historian luultavasti rikkianalysoidimmaksi kappaleeksi (s. 103).

⁵³ Oikeus kutsuu ottamaan riskin – asettumaan alttiiksi. Sen ääni on puute ja tyhjyys, joka vaatii ja jää odottamaan inhimillisen sanomisen vastauksena ja vastuunottamisena. Oikeuden sanominen on vastaus oikeuden äänen kutsuun: ”Puhu!” Oikeuden kanssa tekemisissä oleva jää jonkinlaiseen väli tilaan: oikeus kutsuu kutsutuksi olemiseen. (Hirvonen 2000 s. 403 ja 416 sekä Hirvonen 2004 s. 264, 270 ja 273) Ks. myös Minkinen 1998 s. 257 ja myös 262–263, jolle oikeuden aporeettinen luonne merkitsee juurikin kutsun muotoon tiivistyvää paradoksia; mahdollisuus oikeuden koittamiseen (”the event of a justice ”to

Nyt joku kaikkeen oikeuden ja moraalin väliseen suhteeseen liittyvään hapatukseen kyllästynyt saattaa huomauttaa minun puhuvan edellä ”oikeuden” sijaan jonkinlaisesta ennemminkin moraalista ”oikeudenmukaisuudesta”. Ymmärrän tämän, mutta haluaisin vastaavasti huomauttaa uskovani sydänjuuriani myöten, ettei näitä kahta voi mennä repimään toisistaan erilleen⁵⁴. Näin menettelevä saattaa löytää itsensä etsimästä epätoivon vallassa hengetöntä Antigonea haudastaan, tai vaikkapa keskitysleiriltä toteuttamasta mahdollisesti hyvinkin seikkaperäistä, lakiteknisesti hienostunutta ja mahdollisesti mitä varminta *oikeutta* – ”olemasta hyvinkin oikein” – ja kuitenkin niin väärin kuin vain olla ja voi.

Joku toinen kysyy, eikö kirja tulisi lopettaa tähän. Mitä järkeä on edes yrittää kirjoittaa oikeudesta, jos se kuitenkin jää edellä mainituin tavoin ratkeamattomaksi mysteeriksi? Eikö asioista, joista ei voi puhua ole nuorta Wittgensteinia seuraten vaiettava⁵⁵? Ehkä. Rehellisyys nimissä on todettava, että tätäkin teosta laadittaessa mieleeni on useampaan otteeseen tullut ajatus siitä, ettei tämän kirjoittamisessa ole mitään mieltä. Tai ainakaan en voi perustella, miksi olisi. Tässä kohdin ei auta kuin heittäytyä uskon varaan. *Uskoakseni* tämäkin teos on merkityksellinen – ja sen laatimiseen on syytä. Vähintäänkin kirjani kaltaisia teoksia on laadittu aiemminkin – ja ja onpa niistä osa nähdäkseni vielä huomattavasti omaa sepustustani kehnompiaakin...

Kuten lukija huomaa, olen onnistunut ajamaan teokseni jonkinlaiseen umpikujaan jo nyt. Tuosta umpikujasta minut ohjaa pois Tabermanin sijaan komppanianpäällikköni. Oikeustieteellinen kirjallisuus on täynnä vaikkapa Ari Hirvosen väitöskirjan kaltaisia helmiä, joita voi jäädä keräilemään (ja esittelemään lukijalleen) juuri niin pitkäksi aikaa kuin huvittaa. Tehtävä on kuitenkin pidettävä kirkkaana mielessä; on kysyttävä, *mitä tästä kaikesta seuraa?*

”There is a gulf between an order and its execution. It has to be filled by the act of understanding.”

((vanhempi) Wittgenstein, *Philosophical Investigations* § 431)⁵⁶

come”) edellyttää päätöstä vastata jumalalliseen kutsuun – sitoutumista vanhurskauteen (“a commitment of ‘rectitude’, a decision to respond to an original call”).

⁵⁴ Kolehmainen 2020 s. 16 alav. 95 vertaa oikeuden ja (poliittisen) moraalin välistä ”rajaongelmaa” joenuomaan, joka ei ole tarkkareunainen, vaan jossa joen rajat muodostuvat paremminkin soisen kaislikon ja vetisen mutamaan yhdistelmästä, josta ei juuri osaa sanoa, mistä kohdasta maa alkaa ja joki loppuu. ”Se, joka kysyy oikeuden ja poliittisen moraalien *tarkkaa* rajaa, ei ole matkassamme sillä jokialueella, jonne dworinlainen oikeusfilosofia meidät johdattaa.”

⁵⁵ Kyseiset arvoitukselliset sanat ovat peräisin *Tractatus logico-philosophicus* -teoksen seitsemännestä ja viimeisestä lauseesta (Wittgenstein 1933/1971 s. 88).

⁵⁶ Menemättä sen syvemmälle Wittgenstein-luentaan todettakoon, että *Tractatus*-teoksessaan Wittgenstein uskoo ratkaiseensa ongelmat ”oleellisilta kohdiltaan lopullisesti” – siis sikäli kuin sellaisia koskevat ajatukset ovat *ilmaistavissa* – osoittamalla niitä koskevat kysymyksenasettelut eräänlaisiksi kielen logiikan väärinkäsityksiksi (Wittgenstein 1933/1971 s. 3–4). Filosofia ei kuitenkaan tullutkaan valmiiksi, vaan *Philosophical Investigations* -teoksessaan Wittgenstein ei (enää?) halua säästää muita ajattelulta – vaan päinvastoin vain toivoo ei-hyvän kirjansa voivan edes stimuloida jonkun toisen ajatuksia. Itse hän kun ei enää parempaan pysty. (Wittgenstein 1953/1967 s. x) Teos on julkaistu postuumisti. Allan Janikin ja Stephen Toulminin (ja kaiketi myös Paul Engelmännin) tavoin en usko Wittgensteinin (niin *Tractatuksen* kuin *Investigationsinkin*) lukemisen yksinomaan osana Russellin, Mooren ja kumppaneiden brittiläisen analyyttisen filosofian, tai edes Fregen logiikan, kehityskaarta tuottavan vielä kovinkaan hyvää ymmärrystä Wittgensteinin ajattelusta. Etenkään, jos tähän vielä yhdistetään sellainen Janikin ja Toulminin brittiläisiä ja amerikkalaisia yliopistoja toisen maailmansodan jälkeen suorastaan dominoivaksi tunnustamaan ajatuksen filosofiasta jonkinlaisena autonomisena ja ammattimaisena akateemisesti määriteltävänä oppiaineena. (ks. Janik–Toulmin 1973 erit. s. 19–32, ks. myös s. 187 ja 199–203) Voin myös hyvin uskoa Norman Malcolmn todistuksen siitä, kuinka vastenmielistä kaavoihinkangistunut akateeminen *ammattifilosofia* Wittgensteinille oli (Malcolm 1984/1990 s. 54 ja 82) – puhumattakaan Wittgensteinin itsensä sanat siitä, kuinka silmiään hiukan tavanomaista enemmän avaamalla voi yhdestä jos toisesta asiasta oppia vaikka mitä! (s. 59) Ihan omana käsityksenäni totean jo tässä vaiheessa, ettei kotimainen analyyttisen oikeustieteen tai filosofiankaan perinne *ainakaan omiin silmiini* näytä erityisen lahjakkaalta näkökentän avartamisen osalta. Esim. Aarnio 2014 s. 57–60, 93–94 ja 167–168 lienee viimeisintä käsitystäni lukuun ottamatta kanssani samaa mieltä.

2.3 Miten välttää turhat vaarat ja virheet?

Edellä on puhuttu oikeuden ”radikaalista tulkinnanvaraisuudesta” ja siitä tehtävistä johtopäätöksistä. Olennaiseen rooliin nousi ajatus siitä, että oikeuteen voidaan omaksua lukuisia erilaisia näkökulmia, joiden välillä tehtävien valintojen perustelemiseen ei ole onnistuttu löytämään sellaisia arviointiperusteita, joiden pohjalta kovinkaan suurta yhteisymmärrystä olisi eri ajattelijoiden välillä kyetty saavuttamaan. Oikeus jää lopulta *pluralistiseksi* ja *potentiaaliseksi*. Oikeudesta voi ajatella monin eri tavoin⁵⁷. Oikeudesta ajattelemisen tapansa voi muuttaa. Oikeutta voi muuttaa. Esimerkiksi rikosoikeudellinen huolimattomuus – aivan kuten tahallisuus, uhri, rangaistus, syyllisyys jne. – on juuri sitä, miksi se rikosoikeuden puitteissa kulloinkin halutaan määrittää. Ilman rikosoikeutta ei olisi rikollisuusongelmaa, eikä ilman rikoslakia rikosta!⁵⁸

Hannu Tolonen puhuu oikeudesta *kaleidoskooppina*, joka voidaan hahmottaa lähes lukemattomin eri tavoin. Tolonen luettelee kolme erilaista perustavanlaatuaista tapaa oikeutta koskevien perushahmotusten luomiseen (todeten listansa pikemmin alustavaksi kuin tyhjentäväksi):⁵⁹

Ensinnäkin oikeus voidaan hahmottaa erilaisista perusteeltaan ja oikeutukseltaan toisistaan poikkeavista elementeistä koostuvaksi kokonaisuudeksi, josta Tolonen käyttää nimitystä ”oikeuden anatomia”. 1900-luvun oikeusteorian pääsuuntausten pohjalta anatomia voidaan rakentaa kolmen toinen toiseensa rajoja hakevan elementin varaan. Nämä elementit ovat: a) normatiivinen, b) faktinen ja c) arvosuuntautunut – ja niitä vastaavat oikeusteoreettiset koulukunnat: a) oikeuden autonomisuudesta lähtevä normativismi, b) ideaalisen *sollen*-maailman olemassaolon kiistävä realismi ja perinteiset oikeussosiologiset teoriat sekä c) rationaalisuuden kriteerien muuttumattomuudesta ponnistava luonnonoikeudellinen suuntaus.⁶⁰

Toinen mahdollisuus oikeuden mieltämiseen on oikeuden näkeminen oikeuslähteiden järjestelmänä. Näkemys esiintyy Tolosen mukaan tosin vain erillisteorianä; erilaisina *oikeuslähteoppien* muotoiluina.

⁵⁷ Esim. Wilhelmsson 2003 s. 40–41 ja 44 kertoo niin ikään uskovansa pluralismiin, joka hänelle merkitsee oikeudellisten ajatusten ja doktriinien vapaata virtaa, joka ylittää yksittäisten tutkijoiden lisäksi myös valtorajat, ja josta jokainen saa – ja myös pitäisi – aktiivisesti ammentaa potentiaalisiksi katsomiaan ajatuskulkuja. ”Pluralismin” mitä erilaisimmista merkityksisällöistä oikeuden tutkimisessa ks. esim. Linnanmäki 2020 s. 195–197.

⁵⁸ Hirvonen 1994 s. 99, joka muistuttaa rikosoikeusjärjestelmän tuottavan itse esim. *rikoksen* ja *rikollisuuden* kaltaisten kulttuurisidonnaisten määritelmiensä kautta todellisuutensa.

⁵⁹ Tolonen 1997. Vrt. esim. Visa Kurjen hahmottelemat neljä erilaista perspektiiviä tai lähestymistapaa oikeusjärjestelmään: a) oikeuslähteiden tulkinnan näkökulma (roolina lainsäätäjän tahdon tulkitseminen, perusoikeuksien toteutumisen takaaminen ym.), b) hohfeldiläinen näkökulma (roolina tulkinnan lopputuloksen selvittäminen, analysointi ja esittäminen yksiselitteisesti), c) tuoriolainen oikeuden tasojen näkökulma (roolina oikeuden rakenteen ja muutoksen ymmärtäminen) sekä d) oikeustaloustieteen näkökulma (roolina mm. de lege ferenda -tutkimus) (Kurki 2015 s. 446–447). Vrt. vielä Aarnion 2006 s. 360–376 ajatus oikeustieteestä erilaisten (sisäisten) paradigmanmuutosten (tai *vallitsevalle matriisille annettujen tulkintojen muutosten*) kautta alati ”elävänä” ilmiönä, jonka osalta Aarnio puhuu kaleidoskoopin sijaan mieluummin erilaisten *kielipeli*en kokonaisuutena.

⁶⁰ Samantapaisesti esim. yhdysvaltalainen oikeushistorioitsija Harold J. Berman erittelee länsimaisen oikeusajattelun historiaa viimeisen kahden vuosisadan ajan hallinneiksi pääsuuntauksiksi: a) oikeuspositivismi, 2) oikeuden historiallisen tarkastelutradition sekä 3) luonnonoikeudellisen ajattelun (Berman 2005). Myös Bermanin ”integratiivinen” ajatus näistä kaikkiin sisältyvästä osatoudesta (s. 21) tulee lähelle Tolosen ajattelua. Hieman samaan tapaan oikeutta hahmottaa luullakseni myös esim. Hurri 2014 s. 236 ja 216; ”This system (of reflections and representations - JR) is balanced by a play between three levels: *positive law* that is abstract and general, *facts* that are concrete and singular and *justice* that emerges from the friction between the first two levels. Unlike in the free play of normalisation that is nonetheless governed by social physics, in the legal play of representations and reflections there is also room for power and cultural arbitrariness. In fact, the genius of law is not only that it emphasises the pervasive voluntariness that it always projects into the exercise of power, but precisely that it makes use of this inherent relativism to check and control social power. As long as the law has capacity to carry out this task, normality will not be able to consummate into a dominating order.”

Kolmantena oikeus voidaan esittää erilaisiin tasoihin jakautuvana ilmiönä. Kotimaisista tasoteorioista lienee tunnetuin Kaarlo Tuorin kolmiportainen järjestelmä, jonka varaan hän *kriittisen oikeuspositivisminsa* virittää.

Vuonna 2003 julkaistussa, mutta valitettavan keskeneräiseksi jääneessä *Oikeuslähdeoppi* -teoksessaan Tolonen pyrkii tarjoamaan oikeuslähdeopista yleisen tason kokonaisuutensa (, jollaista ei hänen tietojensa mukaan ollut sitten norjalaisen Torstein Eckhoffin vuoden 1971 teosta lukuun ottamatta Pohjoismaissa esitetty, vaikkakin aiheesta toki oli jo tuolloin kirjoitettu eurooppalaisittain paljonkin)⁶¹. Teoksen perusajatuksena on Tolosen itsensä mukaan oikeuden hahmottaminen toimintateoreettisesti ”prosessina”, jonka peruspiirteenä on jatkuva kehitys. Toloselle oikeus onkin ”toistuva ja uusiutuva järjestelmä, joka tuottaa itseään yhä uudestaan”. Kyse on ”hermeneuttisesta jatkumosta”, jota Tolosen mukaan kuvaa saksalaisen tekstihermeneutiikan peruskäsitteen eli *hermeneuttisen kehän* ohella angloamerikkalaisen sosiaalisen toiminnan teorian ajatus *kahdensuuntaisesta hermeneutiikasta*. Näistä ensimmäinen kuvaa oikeuden muodostumista – ”elämistä” – yhtäältä yleisten normien ja toisaalta konkreettisten soveltamistilanteiden välisenä jatkuvana vuorovaikutuksena (”Verstehen ist Anwenden”). Jälkimmäisessä on puolestaan kyse siitä, kuinka jokainen oikeuslähteitä koskeva kannanotto samalla vaikuttaa itse oikeuslähteisiin.⁶²

Myös ”oikeuden anatomiaa” koskeva jaottelu on teoksessa keskeisessä roolissa. Tolonen nimittäin erottelee tältä pohjalta kolme erilaista käsitystä/mielipidettä/katsomusta/vaihtoehtoa/ajattelutapaa oikeuteen, eli sen syntyyn, löytämiseen ja muovautumiseen. Näitä ovat:

- a) auktoriteettia ja oikeuslähteiden positiivisuutta painottava *formaalinen* näkökulma,
- b) oikeuden (oikeaa) sisältöä painottava *materiaalinen* näkökulma, sekä
- c) oikeuden ja yhteiskunnan yhteyksiä painottava *reaalinen* näkökulma.⁶³

Kyseisen kolmijaon pohjalta Tolonen erittelee formaalin, materiaalian ja reaalisen *oikeuslähdekäsitteen* ja edelleen näiden eräänlaisena jatkumona formaalin, materiaalian ja reaalisen *oikeuslähdeteorian*. Tolosen käsityksen mukaan kaikki edellisistä näkökulmista ovat oikeudellisesti merkitseviä ja ne kaikki onkin otettava huomioon. Tolosen oikeuslähdeopissa onkin kyse *tasapainon* etsimisestä niin formaalisen, materiaalian kuin reaalisenkin ulottuvuuden välille. Itse oikeuslähteiden osalta tämä merkitsee *yhdistelmäteoriaa*, jonka kautta Tolonen jaottelee eri oikeuslähteet kolmeen ryhmään *vaikutusalueittain* – vaikutusaluejaottelun vastatessa edelleen jakoa formaaliin, materiaaliseen ja reaaliseen.⁶⁴

Tolosen ajatus oikeuslähteiden hahmottamisesta erilaisten toinen toisiinsa rajoja hakevien näkökulmien yhdistelmänä tulee nähdäkseni lähelle ajatusta oikeudesta ”radikaalisti tulkinnanvaraisena” – ja siis *näkökulmasidonnaisena* – asiana, jonka tarkastelu tiettyyn näkökulmaan rajoittuen jää auttamatta yksipuoliseksi, ja jonka

⁶¹ Tolonen 2003 s. v.

⁶² Tolonen 2003 s. 5–9, 11 ja 169.

⁶³ Tolonen 2003 s. 13–18.

⁶⁴ Tolonen 2003 s. 18, 69, 99 ja 170. Oikeuslähteiden yhdistelmäteoriaa koskeva kuvio löytyy s. 100.

kohdalla on tästä syystä haettava jonkinlaista näkökulmien yhdistelmää – tasapainoa. Tolonen tukeutuu teoriassaan ”triadiseen skeemaan”, jossa oikeuteen kohdistuvat näkökulmat jaotellaan viime vuosisadan keskeisten oikeuden voimassaoloteorioiden⁶⁵ pohjalta. Mielestäni jaottelu on säilyttänyt havainnollisuutensa, vaikkei oikeutta koskeva 2010- ja 2020-luvuilla käytävä keskustelu ehkä enää kierrykään aivan samalla tavoin oikeuspositivismiin, oikeusrealismiin ja luonnonoikeuden erottelun varaan. Tarkkojen näkökulmien rajausten sijaan minulle on edelleenkin tältä osin olennaista ylipäänsä se, että erilaisia näkökulmia on. Yhtä olennainen seikka on Tolosen tapa elää asian kanssa; hän pyrkii huomioimaan kaikki näkökulmat ja muodostamaan niistä jonkinlaisen tasapainoisen yhdistelmän.

Tolosen oikeuslähdeopin osalta on syytä huomata teorian jäävän lopulta varsin sekavanlaisista aineksista koostuvaksi joukoksi viimeistelemättömiä ajatuksia, kuten Samuli Hurri teosta koskevassa kommentissaan huomauttaa. Erityisesti teoksen loppupuolella suoritettava varsinainen konkreettisten oikeuslähteiden käsittely merkitsee varsin perinteistä oikeuslähteiden luetteloa niihin kuhunkin liittyvien kysymysten suhteellisen irrallisena pohdintana höystettynä.⁶⁶ Tolosen keskeisin perusajatus eli *oikeus hermeneuttisena jatkumona ”elävänä” prosessina, jonka ymmärtäminen edellyttää erilaisten näkökulmien yhdistelyä* on kuitenkin nähdäkseni se tie, jota oikeuden ”radikaalin tulkinnanvaraisuuden” myöntämisen jälkeen on syytä lähteä kulkemaan. Tolosen ajatus oikeutta ja sen lähteitä käsittelevästä yhdistelmäteoriasta on ymmärtääkseni jossain määrin suorastaan päinvastainen Siltalan holistisuutta ja koherenssia painottavan näkemyksen kanssa. Siltalan ajatukseksi todettiin edellä lukita oikeutta koskevaa ajattelua määrittävät sidonnaisuudet ja premissit koherentiksi kokonaisuudeksi (tietyn näkökulmaksi tai ”tulkintamatriisiksi”) ja tuottaa tältä pohjalta koherentteja tutkimustuloksia⁶⁷. Tolonen lähtee tältä kannalta mitä vaarallisimmalle tielle yhdistelemään erilaisia tulkintamatriiseja ja näkökulmia.

Juuri samalle tielle käyn myös omassa tutkimuksessani.

⁶⁵ Jerzy Wróblewskin jaotteluun tukeutuvasta oikeuden voimassaolon jaottelusta muodolliseen puoleen (systematic validity), tehokkuuteen (factual validity) sekä hyväksyttävyyteen (axiological validity) ks. esim. Aarnio 1989a s. 84–97. Myös Aarnio puoltaa merkityksen antamista kaikille kolmelle voimassaolon muodolle ilman, että millekään annettaisiin *ehdotonta* etusijaa. Aarnio puhuu tältä osin ”mallillisesta relativismista” ja toteaa oikeuden monimutkaiseksi kudokseksi, jossa esimerkiksi oikeus ja moraali lomittuvat ja jossa normin on siis saatava moraalista kaukupohjaa oikeusyhteisössä muodostuakseen ”todelliseksi” oikeusnormiksi. (s. 98–100) Rikosoikeudellisenä näkökulmana ks. Hyttinen 2015 s. 130–141, joka keskittyy käsittelemään nimenomaan rikostunnusmerkistöjä erottaen yhtäältä niiden *pätevyyden* ja toisaalta niiden *voimassaolon*. Pätevyyden (tai ”yleisen voimassaolon”) Hyttinen sitoo yksinomaan muodolliseen systeemisäiseen voimaan saattamiseen. Voimassaololta Hyttinen edellyttää puolestaan edellisen pätevyyden ohella myös tunnusmerkistön todellista soveltamista tuomioistuimissa sekä tämän soveltamistoiminnan sisältämää arvopohjaa. Vaikeaselkoisen terminologiansa puitteissa Hyttinen päätyy puoltamaan juuri Hannu Tolosen näkemystä oikeuslähteistä (siis rikoslaki ja sen tunnusmerkistöt mukaan lukien) jatkuvana hermeneuttisena prosessina (tai kehänä), jossa tuomarit ovat yhtäältä sidottuja muodollisesti pätevään tunnusmerkistöön, mutta samalla tosiasiaa määrittävät, miten tämä pätevyys tulee ymmärtää, mihin puolestaan vaikuttavat muun ohella tuomareiden tässä yhteydessä tekemät arvoarvostelmat. ”Vaikka pätevä rikoslaki löytyy rikoslaita, rikoslain voimassaoloa ei voida tarkistaa kuten vieraskielistä sanaa sanakirjasta.” (s. 141) Hermeneutikko tietysti ihmettelee, ajatteleeko Hyttinen todella, että sanojen merkitykset olisivat jotenkin helposti tai ongelmitta sanakirjoista tarkistettavissa...

⁶⁶ Hurri 2004.

⁶⁷ Huomattakoon, ettei kyse ole ainoastaan vaikkapa Siltalan ajatuksesta, vaan tavallaan (ainakin kai moderniinkin ja länsimaiseen) oikeuteen yleisemminkin sisäänkirjoitetusta ajatuksesta *järjestyksestä*, joka helposti kääntyy edelleen jonkinlaiseksi *monologiksi*. Erilaiset, keskenään kilpailevat ja ristiriitaiset näkemykset kun on totuttu mieltämään nimenomaan *epäjärjestykseksi*. Samuli Hurri 2014 s. 18 tiivistää hienosti: ”A monologising dynamic is walled into the normative structure of legal discourse. The ‘legal condition’, so to speak, is that everyone participating in practice must struggle to demonstrate that their interpretation is the only one that accords with the existing law. The fortifications of monologue have developed in a counter-factual manner. Legal practice, the basic business of which involves conflict, is constantly faced with the polyphony of social life. This continuous encounter with the fact of diversity has created an especially strong monologising dynamic in the structures of legal practice.” Ks. myös Hurri 2001, jossa Hurri onnistuu ehkä vielä edellistä paremmin oikeusneuvos Hakkaraisen ja vapaa-ajattelijä Kuusumun lyhyen kohtaamisen kautta kertomaan paitsi oikeudesta ajattelemisen eri tavoista myös luomaan uskoa siihen, kuinka asioista keskusteleminen voi toisinaan olla rakentavaakin, tai tuottaa edes ihan vilpittömiä hymyjä.

3. MITÄ LAINOPPI ON?

”Katsellessani, miten eräs palveluksessa oleva maalari tekee työtään minut on vallannut halu seurata hänen esimerkkiään. Hän valitsee jokaisesta seinäpinnasta näyttävimmän ja keskeisimmän paikan ja maalaa siihen taulun parhaan taitonsa mukaan. Ympärillä olevan tyhjän tilan hän täyttää groteskeilla, mielikuvituksellisilla kuvioilla, joiden ainoa viehätys on niiden monimuotoisuudessa ja outoudessa. Ja mitä muuta nämä esseetkään itse asiassa ovat kuin groteskeja hirviömäisiä olentoja, erilaisista jäsenistä kokoonpantuja ja vailla selkeää muotoa, joissa järjestys, johdonmukaisuus ja yhtenäisyys on vain sattumanvaraista? Desinit in piscem mulier formosa superne. (Yläruumiiltaan kauniilla naisella on kalan pyrstö.)”

(Michel de Montaigne⁶⁸)

Tolosen *Oikeuslähdeopissa* on kyse varsin yleisellä tasolla liikkuvasta teoreettisluontoisesta tutkimuksesta, johon oikeuden olemusta koskevat pohdinnat istuvat hyvin. On kuitenkin olennaista huomata, että hyväksyttäessä ajatus oikeudesta lukuisia aksiologis- ja poliittisluonteisia sitoumuksia välttämättä edellyttävänä ”radikaalisti tulkinnanvaraisena” seikkana, ei asia muutu miksikään tehtiinpä sitten yleisemmän tason oikeusteoriaa tai käytännöllisempää lainoppia. Itse asiassa erilaisten matkan varrella tehtävien sitoumusten määrän voisi ajatella vain kasvavan sitä mukaan, mitä konkreettisempiin voimassa olevaa oikeutta koskeviin lausumiin päädytään⁶⁹. Esimerkiksi rikosoikeuden maailmassa tuomioistuimen lainsoveltamisratkaisua voidaan pitää eräänlaisena voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevan ajatteluprosessin lopputuotteena. Syyksilukeva rikostuomio edellyttää tuomitsijalta niin yksittäisen rikostunnusmerkistön kuin lukuisten yleisten oppienkin (esim. tahallisuus tai tuottamus, teko tai laiminlyönti) soveltamista rikosoikeudellisten tulkintaoppien mukaisesti konkreettiseen yksittäistapaukseen. Teoretisointia ja filosofointia voi – oikeudenkin osalta – lähteä harrastamaan melko vähäisten ennakko-oletusten varassa. Eksaktit voimassa olevaa oikeutta koskevat väittämät perustuvat sen sijaan (erityisesti kai mannermaisessa civil law -järjestelmässä) oikeusjärjestelmään. Kyseinen järjestelmä on muodostettu valtavan ylisukupolvisen työn kautta erilaisia oikeuden lähteitä tulkitsemalla ja systematisoimalla – järjestämällä. Kyse on toiminnasta – tai tieteenalasta – jota tavataan nimittää *lainopiksi*. Mutta mitä tämä lainoppi edellisen oikeutta koskevan näkemyksen valossa lopulta on?

Aiemmassa esityksessä on viitattu lainoppiin ”voimassa olevaa oikeutta tarkastelevana tieteen alana”. Tätä kautta huomio on suunnattu siihen, mitä ihmettä tämä ”voimassa oleva oikeus” on. Seuraavaksi huomio siirretään nimenomaan lainoppiin. Näin näkökulma vaihtuu; voimassa oleva oikeus on sitä, mitä lainoppi väittää.

⁶⁸ Montaigne 1580/2003 s. 253. Lopun latinankielinen sitaatti on Horatiuksen teoksesta *Ars poetica* ja suomennos puolestaan Renja Salmisen.

⁶⁹ Ks. Kurki 2019 s. 26–27 ja 142–143, joka erottelee tutkimuksensa eri tasoina perustavanlaatuisen kehiksen (*framework level*), tätä spesifimmät rakennuspalikat (*building-block level*) sekä konkreettiset johtopäätökset (*concrete level*). Kurjen ajatuksena on, että mahdollisten erilaisten ja erimielisyyksiä aiheuttavien arvoarvostelmien määrä kasvaa siirryttäessä kohti konkretiaa.

Kuten edellä jo mainittiin lainoppia on tapana luonnehtia *voimassa olevan oikeuden selvittämiseksi*⁷⁰, mikä tapahtuu *tulkittamisen* ja *systematisoinnin* kautta⁷¹, ja minkä seurauksena lainsäädännöllisestä oikeusjärjestyksestä muodostuu oikeusjärjestelmä⁷². Saatetaanpa vuosituhannen vaihteen oikeusperiaatekeskustelun seurauksena lisätä joukkoon vielä *punninta*⁷³. Nykyisessä oikeustieteessä voitaneen todeta edelleen vallitsevan varsin suuri yksimielisyys siitä, että kaikki edellä mainittu tapahtuu *oikeudellisen argumentaation* keinoin ja muodossa⁷⁴. Oikeutta koskevan ”radikaalin tulkinnanvaraisuuden” ja siitä aiheutuvan yleisen epävarmuuden näkökulmasta on suorastaan oireellista, että erityisesti vähänkään käytännöllisemmin suuntautuneissa lainopillisissa tutkimuksissa metodologiset pohdinnat jätetään hyvin usein edellä mainittujen termien toisteluun. Minun on vaikea uskoa, että yksikään lainopilliseen maailman vihkiytymätön kuulija tyytyisi edellä mainittujen termien luettelemiseen vastauksena kysymykseen siitä, ”mitä on lainoppi”. Itsestään selvä jatkokysymys on tietysti: *millaista tulkintaa/systematisointia/punnintaa oikein tarkoitetaan*⁷⁵ – ja mitä ihmettä merkitsee tämä ”oikeudellinen argumentaatio”?

Edellä mainitut lainoppia luonnehtivat termit asettuvat jonkinlaiselle tutkimuskohteen, eli (voimassa olevan) oikeuden ja tutkimisen tavan (eli lainopin) väliselle jatkumolle, jossa tarkkojen rajojen piirtäminen lienee mahdotonta. Voimassa olevan oikeuden selvittäminen on mitä ilmeisimmin tiedonintressi. Jossain määrin tiedonintressiä merkitsevät myös tulkinta, systematisointi ja punninta. Puhe oikeudellisesta argumentaatiosta tutkimuksenteon *tavoitteena* alkaa kuitenkin jo kuulostaa jonkinlaiselta sofismilta. Vielä enemmän tältä kuulostaa kirjojen lueskelun ja muiden ajatusten tarkastelun kutsuminen tutkimuksen tarkoitukseksi.

Jatkumoa voi havainnollistaa seuraavanlaisella vastausten sarjana metodisiin *miten-*kysymyksiin:

Mitä lainoppi on? → Voimassa olevan oikeuden selvittämistä.

Miten? → Tulkittamalla, systematisoimalla ja punnitsemalla normimateriaalia.

Miten? → Argumentoimalla oikeudellisesti.

Miten? → Perustelemalla väitteet oikeuslähdeopin (tai -oppien) mukaisesti.

Miten? → Lukemalla, ajattelemalla, kirjoittamalla ja toistamalla näitä sopivassa määrin ja järjestyksessä.

⁷⁰ Esim. Kaisto 2005 s. 344. Kyse on perustanlaatuisen yhteiskunnallisen tiedonintressin tyydyttämisestä (Aarnio 1993 s. 697).

⁷¹ Esim. Aarnio 1989a s. 288, Tuori 2000 s. 303 ja Kaisto 2005 s. 343–363.

⁷² Ks. Jareborg 1974–1975/2008 s. 500 sekä Jareborg 2001 s. 118, joka puhuu tältä osin ”rekonstruktioista”, jossa oikeuslähteistä luodaan oikeusjärjestelmä – muodostetaan liha (rikosoikeus silmällä pitäen ensisijassa) lainsäätäjän asettamien luiden ympärille – silta lainsäädännön ja oikeuskäytännön välille.

⁷³ Esim. Siltala 2003 s. 328–329 ja 502 ja Tapani 2004 s. 9.

⁷⁴ Sitouden tältä osin Suomessa ensisijassa Aulis Aarnion (esim. Aarnio 1989a) kehittämän argumentaatioteorian lähtökohtiin. Samoin esim. Tuori 2000 s. 32–33, jonka mukaan normatiivinen oikeustiede on metodiselta perusluonteeltaan argumentaatiota sekä Laakso 2012 s. 513, joka toteaa lainopin metodin olevan argumentaatio.

⁷⁵ Vasta tässä on esim. Siltalan 2003 s. 468 mukaan lainopillisen metodiodin keskeiskysymys. Ks. myös Minkkinen 2017 s. 918–919, joka huomauttaa, etteivät tulkinta ja systematisointi itse asiassa ole tutkimusmenetelmiä, vaan tutkimusongelmasta johdettuja tutkimustehtäviä, jotka puolestaan saattavat edellyttää varsinaisten tutkimusmenetelmien (kuten vaikkapa hohfeldiläisen käsiteanalyysin tai hermeneutiikan) käyttämistä. Minkkinen ei pidä myöskään oikeustieteen perinteisiä ”tulkintakaanoneita” (sanamuodon mukainen, historiallinen, systemaattinen ja teleologinen tulkinta) tieteellisinä tutkimusmenetelminä. Vrt. vaikkapa Spaak 2018 s. 66, joka puolestaan nimeää juuri laintulkintaperiaatteet juridisen metodin ytimeksi. Myös esim. Aarnio 1989a s. 258 puhuu analogiapäätelmästä metodina siltä osin kuin kyse on *päätelymuodosta*. Vrt. myös Tontti 2002 s. 16, 20–21, 88 ja 226–227, joka taas painottaa hermeneutiikan asemaa metodin sijaan yleisenä filosofisena orientaationa, jonka pohjalta esim. varsinaisia metodeja voidaan selvittää.

Jne. jne.

Hannu Tolonen esittää vuoden 1984 väitöskirjassaan mielenkiintoisen kuvion, jolla hän yrittää havainnollistaa käsitteiden *finis* ja *finis ultimus* relatiivista ja absoluuttista aspektia. Ajatuksena on se, että jokainen (alempi) päämäärä on ylemmän päämäärän keino. Kyse ei ole päättymättömästä (*ad infinitum*) jatkumosta, vaan absoluuttiseen *finis ultimukseen* päätyvästä regressiivisestä sarjasta. Mitä ylemmälle tasolle (eli siis lähemmäs *finis ultimusta*) siirrytään, sitä enemmän erilaisten valintojen (*election*) mahdollisuus kapenee. Tämä johtuu siitä, että on yhä harvempia tavoitteita, joista käsin (alempi) tavoite asettuu keinoksi. Mitä ylemmäs siirrytään, sitä suuremman ”välttämättömyyspainon” eri tavoitteet omaavat. Lopulta jäljellä on enää *finis ultimus*; absoluuttinen ja välttämätön tavoite. Sitä ei voida valita, koska ei ole olemassa sellaista korkeampaa päämäärää, josta käsin se osoittautuisi keinoksi.⁷⁶ Tolosen hahmottelemassa (Tuomas Akvinolaiseen, Albertus Magnukseen sekä ennen kaikkea näiden edustamaan aristoteeliseen traditioon perustuvassa) järjestelmässä valinnat merkitsevät yhtäältä *päämäärän ja keinon* sekä toisaalta *yleisen ja erityisen* välistä suhdetta. Tässä *electio*ssa niin järjen kuin tahdonkin toiminnat yhdistyvät toinen toistensa vuorovaikutuksessa syntyväksi vapaaksi ratkaisuksi (*liberum arbitrium*) – ihmisteoksi (*actus humanus*).⁷⁷

Ihmisen ei tarvitse uskoa, tai olla edes kiinnostunut, Tolosen, Akvinolaisen, Magnuksen tai Aristoteleenkaan inhimillistä toimintaa ja päätöksentekoa koskevista teorioista nähdäkseen, että esittämäni ajatus yhtäältä *oikeutta koskevan käsityksen* ja toisaalta *oikeuden tutkimisen tavan* välisestä jatkumosta tulee varsin lähelle ajatusta päämäärien ja keinojen varaan rakentuvasta järjestelmästä, jossa päämääristä siirrytään keinoihin erilaisia valintoja tekemällä. Lainoppi on ihmisten harjoittamaa tavoitteellista toimintaa, jossa viimesijaisena pyrkimyksenä on voimassa olevan oikeuden määrittäminen. Se, millaista tulkintaa, systematisointia, punnintaa sekä edelleen argumentaatiota, lukemista, ajattelua ja kirjoittamista itse kukin harjoittaa riippuu itse kunkin tekemistä valinnoista, joiden perustana lieenee ensisijassa itse kunkin perustava käsitys siitä, mitä (voimassa oleva) oikeus lopulta on. Yksi tavaa lakikirjaa pyrkien esittämään systemaattisia argumentteja siitä, mikä tulkintavaihtoehto parhaiten istuu osaksi laajempaa säädöskontekstia. Toinen kahlaa prejudikatuuria korostaen sitä, mitä tuomioistuimet ovat jo todella päättäneet. Ja kolmas tyytyy lukemaan oikeus- ja ehkä moraalifilosofiankin klassikoita korostaen muodollisen auktoriteetin sijaan ajattelun sisältöä ja syvyyttä.

Olennaista on se, etteivät tutkimisen *tapa* ja sen *kohde* ole toisistaan irrallisia, vaan molemminpuolisessa vuorovaikutussuhteessa toinen toisiinsa. Ajatus oikeuden olemuksesta vaikuttaa tapaan, jolla sitä tutkitaan ja oikeuden tutkiminen muokkaa käsitystä oikeudesta. Kaiken tämän keskellä jokainen oikeutta tutkiva tekee alituisesti mitä erilaisimpia valintoja koskien sitä, mitä mieltä oikeudesta on ja miten sitä tutkii. Oikeuden tutkiminen on käytännöllistä toimintaa, oikeutta tutkivat ihmiset ja

⁷⁶ Tolonen 1984 s. 162–163.

⁷⁷ Tolonen 1984 s. 174–184. Esitys huipentuu s. 184 skemaattiseen kuvioon, jossa Tolonen yrittää koota yhteen Tuomas Akvinolaisen perusajatuksot inhimillisestä teosta (*actus humanus*) konkretisoitumisprosessina, jossa järjen ja tahdon vuorovaikutuksessa siirrytään yleisestä erityiseen ja päämääristä keinoihin lopputuotteena konkreettinen teko. Ks. myös niin ikään Akvinolaisen ajatteluun tukeutuvan Juha-Pekka Renton kuvaajat niin yleisestä (1988 s. 269) kuin oikeudellisestakin (s. 402) käytännöllisestä järjestyksestä. Positivisistempana (ja tuorempana) esityksenä ks. Hyttinen 2015 s. 49–50, 121–125, 302 ja 319–320, jossa tämä käsittelee kiperien tuomioistuinratkaisujen ”pätöksenteon eksistentiaalistista problematiikkaa” huomauttaen, että erilaisia perusteluja ja perustelujen perusteluja voi sinällään tivitä *ad infinitum*, mutta koska käytännössä tällaista loputonta perustelusta ei kuitenkaan voi jatkaa, tullaan lopulta tilanteeseen, jossa tuomarin on vain tehtävä päätös. Ja kannettava tähän sisältyvä eksistentiaalinen vastuunsa.

oikeuden tutkiminen perustuu niin näiden järkeen kuin tahtoonkin. Kukaan ei voi tutkia oikeutta ilman jonkinlaista alustavaa ajatusta siitä, mitä oikeus voisi olla. Aivan samoin kukaan ei voi tutkia oikeutta pelkän oikeutta koskevan alustavan ajatuksensa varassa – eihän tämä tuottaisi enää mitään uutta. Olemme jälleen kerran palanneet hermeneutiikkaan: oikeus ja sen tutkiminen muodostavat kehämäisen prosessin, jossa toinen vaikuttaa toiseen⁷⁸.

Tähän spiraaliin lainoppineen on vain hypättävä mukaan. Ei ole löydettävissä minkäänlaista kiinteää lähtökohtaa, jonka varaan voisi askel askeleelta rakentaa. Olennaista on kuitenkin se, että itse kunkin oikeuden kanssa työskentelevän ja oikeutta ajattelevan olisi terveellistä kaiken itserefleksioon liittyvien vaikeuksien ja ikävyyksien uhallakin aika ajoin edes yrittää hetkeksi irrottautua tuosta spiraalista ja pyrkiä tarkastelemaan lainopillisia tekemisiään kaikkien lukuisten lainoppiin välttämättä liittyvien sitoumusten ulkopuolelta. Tällä tarkoitan (oikeus)tieteenteoreettista tai -filosofista tarkastelua – sen pohtimista, *mitä oikein on tekemässä*. Vaikkei kaikkea tietysti voi yhdellä kertaa kyseenalaistaa, ei tämä suinkaan tarkoita, etteikö mitään koskaan tulisi kyseenalaistaa!

Kuvasin edellä lainoppia menetelmänsä ja tutkimuskohteensa väliseksi jatkumoksi. Hieman samantyyppinen jatkumo, tai liukuma, voidaan vetää oikeusteoreettisen ja lainopillisen tutkimuksen välille. Kotimaisessa terminologiassa tavataan puhua *teoreettisesta* ja *käytännöllisestä* lainopista, tai toisinaan myös *perustutkimuksesta* ja *soveltavasta tutkimuksesta*, joista ensimmäinen askartelee abstraktimpien ja jälkimmäinen konkreettisempien kysymyksenasettelujen äärellä⁷⁹. Esimerkiksi Tatu Hyttinen havainnollistaa vuoden 2015 väitöskirjassaan omaa tutkimisen tyyliään paikantamalla tutkimuksensa oikeustieteen janalle, jonka ääripäiksi Hyttinen on valinnut yhtäältä ”oikeusfilosofisen” käytännön relevanssia vailla olevan ja tiedeyhteisölle kirjoitetun tutkimuksen sekä toisaalta ”perinteisen rikoslainopillisen” varsin selkeän käytännön relevanssia omaavan ja käytännönelämän tarpeisiin kirjoitetun tutkimuksen. ”Rikosoikeusteoreettisen” tutkimuksen Hyttinen sijoittaa janallaan lähemmäs lainopillista kuin oikeusfilosofista ääripäätä.⁸⁰

Ennen kaikkea puhe ”soveltavasta” tutkimuksesta kiteyttää hyvin oman ajatukseni siitä, mistä teoreettisen ja käytännöllisen lainopin välillä on kyse. Mikäli oikeutta

⁷⁸ Ks. esim. Andström 2004 s. 40 sekä Hannu Tolosen jo mainittu kaksois hermeneutiikka (Tolonen 2003 s. 8–9). Ks. myös Andersson 1979 s. 36; ”Människan är den enda varelse som producerar sin egen historia samtidigt som hon själv är en produkt av den.” Ks. vielä Backman 1992 s. 100–101, joka puhuu yhtäältä tieteellisen tutkimuksen teorioiden, metodin ja tulosten sekä toisaalta tutkimuksen kohteen *vastaavuusrelaatiosta* – siitä, kuinka teorian, metodin ja tiedonmuodostusprosessin tulosten olisi vastattava ja korrekisti heijastettava kohdettaan, eli tässä tapauksessa siis oikeutta. Ks. myös Häyhä 1997 s. 24–25, joka muistuttaa, ettei metodi saisi kuitenkaan yhtyä tutkimuskohteen kanssa; kohdettaan peilinomaisesti reflektoivasta metodista ei ole nimittäin enää mitään hyötyä.

⁷⁹ Esim. Aarnio 1997 s. 37 ja 40–53 jäsentää oman metodinsa kahden tukipilarin varaan: yhtäältä *käytännöllisen* ja toisaalta *teoreettisen* lainopin. Vrt. Rentto 1996 s. 5–6 ja 13–15, joka ulottaa oman oikeusajattelun jansaa tavallaan Aarniota laajemmalle. Rentto nimittäin erottaa *filosofian* teoreettisesta tieteestä. Rentolle filosofia on totaalistia asioiden kokonaisuuden tarkastelua, joka luo perusteet teoreettisen tieteen harjoittamiselle. Teoreettinen tiede joutuu tutkimustuloksia tietyllä alueella tuottavana toimintana luopumaan kokonaisuuden näkemisen tavoittelusta. Vaikka rajanveto ei tietystikään ole kovinkaan tarkkarajainen jää olennaiseksi eroksi kuitenkin se, että teoreettinen tiede on lopulta aina kiinni siinä filosofian luomassa pohjassa, jonka se joutuu siis ottamaan itsestään selvyytenä. Näin teoreettinen tiede merkitsee aina oppia (disciplin) ainoastaan filosofian säilyttämisen vapauden kysyä mitä tahansa. Renton mallissa voimassa olevaa oikeutta tutkiva *oikeusoppi* merkitsee edelleen *oikeusteoriaa* konkreettisempaa tutkimisen tapaa, jossa joudutaan siis sitoutumaan oikeusteoreettisiin malleihin. Renton jana on siis kolmiportainen: oikeusfilosofia, oikeusteoria ja oikeusoppi. Todettakoon, että myös Aarnio 2006 s. 60 suorittaa kolmijaon; filosofinen, oikeusteoreettinen, juridinen. Ks. myös 7.1.1997 päivätty Suomen Akatemian asiantuntijaryhmän arvio *Oikeustieteellisen tutkimuksen tila*, jossa lainopin saralla tehdyn teoreettinen/käytännöllinen jaottelun todetaan vastaavan muille tieteenaloille tavallista jakoa *perustutkimukseen* ja *soveltavaan tutkimukseen* (s. 1124 sekä 1126–1127, jossa muistutetaan, ettei jako ole aivan selvä). Esim. Lehtimaja 1981a s. 567–600 jakaa oikeustieteenkin yhtäältä perustutkimukseen ja toisaalta käyttö- eli tavoitetutkimukseen.

⁸⁰ Hyttinen 2015 s. 22.

koskevan ajattelun taustalle edellytetään jonkinlainen käsitys oikeudesta itsestään – kuten edellä olen tehnyt – voidaan nimenomaan teoreettisesti (tai filosofisesti) suuntautuneen tutkimuksen katsoa luovan ne puitteet, joista käsin – ja joita siis *soveltaen* – käytännöllisemmin suuntautuneen lainopin on mahdollista tuottaa konkreettisempia tulkinta-, systematisointi- ja punnintasuosituksiaan. Jäsentyneet ja kokonaisvaltaiset käsitykset sellaisista seikoista kuin vaikkapa oikeuslähdeoppi tai tulkintaoppi kuuluvat teoreettisen lainopin piiriin. Ne luovat pohjan sille oikeudelliselle argumentaatiolle, jolle käytännöllisemmät lainopin kannanotot perustuvat.

Filosofia, teoria ja käytäntö muodostavat siis vuorovaikutteisen jatkumon, jossa liikutaan abstraktisesta kohti konkreettista. Keskeiseksi ongelmaksi muodostuu tietysti se, ettei kukaan kykene hallitsemaan tätä jatkumoa kauttaaltaan. Yksikään tutkija ei – jo inhimillisen käsityskapasiteetin rajallisuudesta johtuen – kykene operoimaan suvereenisti niin filosofi-teoreettisia oikeuden ontologiaa kuin käytännöllisiä laintulkintaongelmia koskevien kysymyksenasettelujen parissa. Resursseja on jaettava ja huomiota on kohdennettava. Näin oikeusjärjestelmän muodostaminen jää yhteispelin varaan. Tämän yhteispelin onnistuminen riippuu siitä, kuinka hyvin jatkumon eri ääripäät kykenevät keskustelemaan keskenään. Kyse on siitä, kykeneekö käytännöllisen puolen lainoppi vastaanottamaan ja hyödyntämään niitä ajatuksia, joita teoreettisempi puoli sille tarjoaa – ja päinvastoin; kykeneekö teoria säilyttämään käytännöllisen relevanssin, tai ylipäänsä ymmärryksen käytännön elämästä. Lisäksi kyse on siitä, ovatko tutkimuksen ääripäät edes kiinnostuneita niistä kysymyksenasetteluista, joiden kanssa toinen askartelee⁸¹. Asiasta on kannettu huolta läpi lainopin historian.

Niin Otto Brusiinin kuin Frans Liliuksenkin hyödyntämä raamatullinen kielikuva kiviä lainoppineen ruuaksi tarjoavasta oikeusteoriasta⁸² lienee yhä nykypäivänäkin puhutteleva. Teorian näkökulmasta ehkä hyvinkin mielenkiintoiset ja tieteellisissä tutkimuksissa kokoon haalittavat helmet saattavat käytännön taholta näyttäytyä hyödyttöminä (tai jopa haitallisina) kivenmurikoina. Kotimaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa onkin useampaan otteeseen kauhisteltu teorian ja käytännön välistä ”kuilua”, jonka seurauksena oikeutta koskevan tutkimuksen kenttä uhkaa menettää yhtenäisyytensä⁸³.

Markku Helin nostaa lainopissa havaitsemansa teoriakielteisyyden ja suoranaisen anti-intellektualismin syyksi lainoppiin liittyvän kiistattoman (yhteiskunnallisen)

⁸¹ ”Det är genom växelverkan mellan rättsvetenskapens grundläggning och konkret inriktad forskning som rättsvetenskapen kan utvecklas. Risken med att enbart syssla med exempelvis ’allmän rättslära’ eller ’civilrätt’ är att bägge dessa aspekter på de juridiska realiteterna blir för specialiserade och fjärrar sig från varandra istället för att ge den nödvändiga interaktionen.” (Andersson 1994 s. 115)

⁸² ”Lakimiehen pyytäessä leipää oikeusfilosofi itsetyytyväisesti hymyillen ojentaa hänelle kiven.” (Brusiin 1934 s. 244)
”Yhteiskunnan oikeudellisia tarpeita ei ... voida tyydyttää teorian kivillä, siihen tarvitaan elävän elämän leipää.” (Lilius 1929 s. 317) Modernimmassa versiossa tuomioistuinjuristi lyö tätä auttamaan tullutta tutkijaa golfmailalla päähän (esim. Saranpää 2010 s. 225).

⁸³ Ks. esim. Kangas 1997 s. 103–104. Ks. myös Aarnio–Tolonen 1998 s. 177–178, jotka muistuttavat Suomessa, kuten muissakin Pohjoismaissa, vallinneen aiemmin kiinteämpi yhteys teoreettisen ja käytännöllisemmän tutkimusotteen välillä monen teoreetikon toimiessa muussa kuin yleisen oikeustieteen virassa – siis harrastaessa muunkinlaista kuin teoreettisesti orientoitunutta tutkimusta. Samaan tapaan Tolonen 2000 s. 509 näkee juuri oikeusteorian ja lainopin välisen yhteyden ja vuorovaikutuksen kotimaisen teoreettisen oikeusajattelun elinvoimaisuuden keskeiseksi taustaksi. Ks. myös Aarnio 2006 s. 57–60. Vrt. Helin 1988 s. 261–262, joka toteaa teorian ja käytännön välisen kuilun oikeuselämän alueella tavanomaiseksi ilmiöksi, jossa esim. lainopillinen tutkimus on sangen huomattavalla sitkeydellä kyennyt vastustamaan siihen teorian taholta kohdistettuja uudistusvaatimuksia useampien tätä koskevien ohjelmanjulistusten kohtaloksi jäädessä painua unhoon sanottavia jälkiä jättämättä. Esim. Halila LM 7–8/2015 s. 1126 huomauttaa erityisesti väitöskirjantekijöiden tarvitsevan lainopin kanssa keskustelemaa oikeusteoriaa.

hyödyllisyyden, joka on omiaan tuudittamaan lainoppineita tyytyväisyyden tilaan, jossa tutkimuskohteena olevaa oikeutta koskevat syvälliset – ja siis aiemman tarkasteluni valossa hirvittävän vaikeat – metatason pohdinnat sivuutetaan hyvin pinnallisilla oikeutta koskevilla käsityksillä, mikä on Helinin käsityksen mukaan omiaan tekemään lainopista lopulta eräänlaista kulttuuritoimintaa tai käsityötä: ”Samalla tavalla kuin taiteilijan ei tarvitse tietää, mitä taide on luodakseen merkittäviä teoksia, myöskään lainoppineen ei tarvitse tietää, mitä oikeus on menestyäkseen omalla sarallaan.” Helin kuitenkin korostaa kaiken tieteellisen toiminnan vaativan taustalleen näkemyksen tieteen tutkimuskohteesta sekä alustavan teorian siitä, millä tavoin tutkimuskohteen entiteetit käyttäytyvät. Lopulta lainoppi kykenisi Helinin mukaan tyydyttämään paremmin myös käytännön tarpeita, mikäli tutkija tietäisi paremmin, mitä oikein tutkii.⁸⁴

En itse usko Helinin väitteeseen käytännön tarpeiden tyydyttämisestä syvällisemmällä teoreettisella ymmärryksellä – en ainakaan sikäli mikäli ”käytännön tarpeilla” ymmärretään sitä, että lainopillisen tutkimuksen avulla voitaisiin päästä entistä nopeammin ja entistä vähemmällä vaivalla yhä yhdenmukaisempiin ja hyväksyttävämpiin lopputuloksiin. Päinvastoin pidän mitä luultavimpana, että lainopilliset teoriapohdinnat lähtökohtaisesti hidastavat ja monimutkaistavat lainopillista työtä. Lisäksi ne ovat omiaan kyseenalaistamaan ylipäänsä koko ajatuksen hyväksyttävyydestä ja yhdenmukaisuudesta. Tuomari, jonka pitäisi tuottaa lainopillinen ratkaisu iltapäivään mennessä, tekee usein yhteiskunnan silmissä viisaasti jättäessään teoriapohdinnat sivuun. Kyse on tavallaan *Humphreyn laista*; rutiininomainen toimi tulee usein huonommin, tai vähintäänkin kustannustehottomammin, suoritettua, kun se suoritetaan tietoisesti. Lopulta kyse on tietysti näkökulmasta; *yhteiskunnan käytännön toimiminen* edellyttää suhteellisen nopeita, varmoja ja edullisia oikeudellisia ratkaisuita – *totuutta tavoittelevan tieteen* osalta kaikenlainen tehokkuuden nimissä, mutta totuuden kustannuksella, tapahtuva oikominen on tietysti mitä kyseenalaisinta. Sampo Mielityinen puhuu suoranaisesta oikeustieteellisestä teorian ja käytännön välisestä paradoksista: ennen kaikkea lainopillisen tutkimuksen osalta näyttäisi siltä, että teoreettinen syvyys on kääntäen verrannollinen tutkimuksen käytännölliseen merkitykseen!⁸⁵

Kaarlo Tuori on havainnollistanut mahdollisuutta lähestyä oikeustiedettä niin oikeudellisena kuin tieteellisenäkin käytäntönä puhumalla oikeustieteen ”kaksoiskansalaisuudesta”; se kuuluu yhtäaikaaisesti niin oikeuden kuin tieteenkin maailmaan poiketen kuitenkin kumppaneistaan kummassakin näistä maailmoista. Muihin modernin yhteiskunnan tärkeimpiin oikeudellisiin käytäntöihin (eli lainkäyttöön ja lainsäätämismenettelyyn) verrattuna oikeustiede ei nauti muodollista auktoriteettia, vaan oikeustieteen tuottamien normatiivisten lausumien voima perustuu yksinomaan lausumien argumentatiiviseen vakuuttavuuteen ja lausumien positiivisen oikeuden sitova voima kumpuaa vasta muiden oikeudellisten käytäntöjen välityksellä.⁸⁶ Oikeustieteen ongelmallinen asema tieteellisten käytäntöjen kentällä on

⁸⁴ Helin 1988 s. 261–262 ja 265–266.

⁸⁵ Mielityinen 2006 s. 9.

⁸⁶ Tuori 2000 s. 148–154, 160–162 ja 171 sekä Tuori 2007a s. 8 ja 18. Jälkimmäisessä Tuori kehittää kriittisen oikeuspositiivisminsa puitteissa esittämään ajatuksia edelleen mm. juuri ”kaksoiskansalaisuuden” toimiessa yhtenä esityksen keskeisistä lähtökohdista. Ymmärtääkseni hieman samaa tarkoittaen oikeuden ”erittelemättömästä kaksijakoisuudesta” on puhunut myös Panu Minkkinen, joka viittaa tällä oikeuteen yhtäältä positiivisten normien muodostamana kokonaisuutena kuin myös tätä normikokonaisuutta (kriittisesti) tutkivana tieteenä (ks. Minkkinen 1992 s. 723–725). Ks. lisäksi oikeuden ”kaksoisnormatiivisuudesta” Minkkinen 2005 s. 237–243. Sinällään ajatusta ”kaksoiskansalaisuudesta” on turha pitää jollain lailla yksinomaan oikeuteen tai oikeustieteeseen liittyvänä. Se voidaankin yhdistää ihmis- ja yhteiskuntatieteissä yleisemminkin jo 1900-luvun puolivälissä tapahtuneeseen ns. *kognitiiviseen käänteeseen*, jossa keskeiseen rooliin nousi ajatus siitä, etteivät niin

niin ikään ikuisuuskysymys, jonka pariin palataan tasaisin väliajoin⁸⁷. Itse tutkimuksen ohella ”kaksoiskansalaisuus” heijastuu luonnollisesti myös oikeustieteen opetukseen, jossa tulevia juristeja yhtäältä sosiaalistetaan ”oikeudelliseen ajatteluun” yhteiskunnallisista tarpeista lähtien, mutta toisaalta ohjataan kohti itsenäistä tutkijaidentiteettiä, jonka puitteissa ”tieteellisen tiedon” tuottaminen olisi mahdollista⁸⁸.

Erityisesti käytännöllisesti suuntautuneiden lainoppineiden parissa näkee usein houkutusta leimata kysymys oikeustieteen – ja siis tarkemmin lainopin – ”tieteellisyydestä” jonkinlaiseksi terminologiseksi kikkailuksi ja oikeusfilosofiseksi huvitteluksi, jolla ei käytännön elämän kannalta ole merkitystä. Tällainen lähestymistapa voitaisiin hyväksyä edellyttäen, että oikeustiede – tai tarkemmin lainoppi – olisi ominaisuuksiltaan jollain tapaa selvä ja helpostitunnistettava ilmiö – jolloin sille annettava nimi tosiaan olisi yhdenmukainen. Näin ei kuitenkaan ole. Oikeus ja sitä tutkiva tiede ovat pohjattoman vaikeita asioita, joita kukaan ei kykene kokonaisvaltaisesti ja tyhjentävästi ymmärtämään. Asiaa koskevien pohdintojen sivuuttaminen, tai niiden ulkoistaminen (jonkun muun tekemälle) oikeusfilosofialle tai -teorialle on vaarallinen tie, jolle lähteminen edellyttää lainoppineelta häkellyttävää uskonvarmuutta ja suoranaista älyllistä laiskuutta. Tätä voi halutessaan nimittää ”työnjaolliseksi” tai ”tutkimusekonomiseksi” ratkaisuksi, mutta itse asia ei muutu miksikään. Mitä enemmän oikeuden kanssa operoiva ihminen jättää oikeutta koskevan ajattelun muiden vastuulle, sitä vähemmän hän lopulta ymmärtää, mitä oikein tekee. Onneksi edellä maalailtu kuva teorian muille ulkoistaneesta lainoppineesta on mahdottomuus. Niin kauan kuin lainoppinut pyrkii edes jossain määrin tietoiseen toimintaan lainoppia harjoittaessaan, ei hänen ole mahdollista välttää oikeuden, tieteen ja oikeustieteen olemukseen liittyviä kysymyksenasetteluja. Esimerkiksi omat asiaa koskevat käsitykseni konkretisoituvat nimenomaan läpi tämän teoksen sivujen.⁸⁹

oikeus- kuin yhteiskuntateoriatkaan ainoastaan kuvaa todellisuutta, vaan osallistuvat samalla sen muodostamiseen: teorit sisältävät ajatuksia ja käsityksiä maailmasta, jotka rajaavat ja ohjaavat toimintaamme ja muuttuvat siten todellisuudeksi. Erilaiset teorit ”rationalisoivat” maailmaa, jossa elämme. Etenkin yhteiskuntateorioiden saralla on tähän liittyen puhuttu *konstruktivistista* lähestymistavoista, joissa huomio siirtyy ontologisista kysymyksistä epistemologisiin; merkityksellistä ei ole niinkään se, millainen maailma ”todellisuudessa” on, vaan ennemminkin se, miten sitä koskeva tietomme muodostuu. Ks. esim. Frerichs 2010 erit. s. 13, 36 ja 40–41, joka puhuu tältä osin yhteiskuntateorioiden ”kolmannesta sukupolvesta”. Ks. myös Impola 2010 s. 49–65, joka käsittelee Peter L. Bergerin sekä Thomas Luckmannin konstruktivismien kannalta hyvin merkittäväksi muodostunutta teosta *The Social Construction of Reality* (1966) sekä ihmisen tapaa tuottaa sekä sosiaalinen maailma että itsensä. Vielä yhteiskuntatieteitä huomattavasti laajemmassa perspektiivissä mielenkiintoinen on tietysti Michel Foucault’n samalta vuodelta peräisin oleva teos *Les Mots et les choses*, jossa Foucault yhdistää ihmisen kummallisen kaksinaisen aseman yhtäältä tiedon kohteena ja toisaalta tietävänä subjektina 1700- ja 1800-lukujen taitteessa syntyneeseen *moderniin episteemiin* – nykyiseen (tai ainakin silloiseen) ”tietomme (yleiseen) tilaan” (Foucault 1966/2017 erit. s. 291).

⁸⁷ ”Onko oikeustiede – tai ainakaan lainoppi – tiedettä, ja miksi näin on / ei ole?” on kysymys, johon niin oikeustiede kollektiivisella tasolla kuin jokainen oikeustieteilijä yksityisellä tasolla joutuu kerta toisensa jälkeen palaamaan. Kulloinenkin vastaus riippuu tietysti siitä, mitä tarkoitetaan *tieteellä* ja mitä *oikeudella*, ja miten jälkimmäistä ajatellaan tarkasteltavan ensimmäisen näkökulmasta. Tässä tutkimuksessa omaksuttujen lähtökohtien varassa kysymykseen on turha kuvitella löytyvän minkäänlaista yleispätevää vastausta. Vastauksen sijaan itse kysymys on suunnattoman arvokas; se ohjaa oikeustieteilijän itsereflektioon ja muistuttaa samalla asian vaikeudesta. Lainopillisilla metodidebateilla on tapana päätyä siihen, että koko kysymyksenasettelu todetaan hedelmättömäksi, tai vähintäänkin lainopin itsensä harjoittamisen kannalta turhaksi; lainopilliset kannanotot voimassa olevan oikeuden sisällöstä ovat nyky-yhteiskunnassa välttämättömiä riippumatta siitä, haluaako itse kukin kutsua niitä tieteeksi tai ei! (Ks. esim. Kaisto 2005 s. 504 ja Aarnio 1989a s. 164–165)

⁸⁸ Ervasti 2017 s. 276–281.

⁸⁹ Ks. esim. Victor 1977 s. 13, joka huomauttaa, ettei kysymys oikeusdogmatiikan tieteellisyydestä voi olla pelkkä terminologinen etiketti, koska kyse ei yksinkertaisesti ole tunnuspiirteiltään selvästä ja kiistattomasta ilmiöstä. Kysymys oikeusdogmatiikan tieteellisyydestä onkin yksi dogmaattisen itseymmärryksen keskeisistä kohdista, jolla on lainoppineen toiminnassa syvälinen merkitys. Ks. myös Backman 1992 s. 387, jolle kysymys oikeustieteen tieteellisyydestä on olennainen myös käytännöllisemmässä mielessä; ellei oikeustiede ei ole tieteellistä, on se poistettava yliopistoista. Ks. vielä Paso 2009 s. 86–87, joka korostaa metodisen kiistelyn sijaan kunkin omakohtaista metodista reflektiota sekä kulloinkin tältä pohjalta tehtyjen valintojen auki kirjoittamista.

Kahlattuaan läpi melkoisen määrän pohjoismaista vuosille 1920–1960 ajoittuvaa siviililainoppia Markku Helin toteaa väitöskirjassaan *Lainoppi ja metafysiikka* (1988) tutkimustulosten perustelemisen – eli siis *argumentoinnin* – lainopin piirissä harvinaisemmaksi kuin hänen uskoakseen yleisesti kuvitellaan. Kyse ei Helinin mukaan ole pelkistä lainopin tuloslauseiden *premisseinä* esiintyvien lauseiden perusteluketjujen katkaisemisesta tavallisesti melko varhaisessa vaiheessa, vaan myös siitä, ettei *tuloslauseista* kenties suurintakaan osaa juuri lainkaan perustella. Helin katsoo liian yksioikoiseksi tulkita havainnon ilmentävän vain sitä, että lainopin harjoittajat sivuuttavat tieteellisen menetelmän toiminnassaan ja arveleekin ilmiön johtuvan ainakin osaltaan myös lainopillisten totuuksien yhteisöllisestä luonteesta. Siis siitä, että juridiset tosiasiat ovat yhteisöllisiä, *institutionaalisia* tosiasioita. Oikeusyhteisön jäsenenä lainopin harjoittajalla on tietty kuva siitä, mitkä säännöt oikeusyhteisössä ovat yleisesti hyväksyttyjä – tai ainakin seuraavat loogisesti ja helposti havaittavalla tavalla tällaisista säännöistä. Tälle alueelle sijoittuvia tuloksia ei nähdä vaivaa perustella. Tästä johtuen argumentaation sääntöjen muuttumisesta lainopissa aiheutuva näkyvä muutos ei välttämättä ole kovin huomattava, vaan koskee Helinin käsityksen mukaan selvimmin ainoastaan kunnianhimoista, uusiin tuloksiin tähtäävää lainoppia. Sen alapuolella kulkee ”normaalilainopin” suuri virta, jonka pintaan vaikkapa oikeuslähdeopin uudet tuulet kykenevät aiheuttamaan vain vähäisiä pyönteitä.⁹⁰

Väitöskirjassaan Helin peilaa suomalaisen siviililainopin kehitystä niin sanotun skandinaavisen oikeusrealismin teoriaan kysyen, missä määrin kotimaisen siviilioikeuden tutkimuksessa tapahtunut muutos voidaan kyseisen teorian avulla perustella, ja miltä osin tästä on puolestaan poikettu. Pelkän suomalaisen siviililainopin ja skandinaavisen realismin vertailun ohella teos käsittelee koko oikeustieteen kannalta perustavanlaatuisia kysymyksiä, jotka palautuvat lopulta siihen, millä tavoin oikeusteoreettinen ajattelu voi ylipäänsä vaikuttaa pohjimmiltaan nimenomaan käytäntöä palvelevaan lainoppiin – ja voidaanko oikeuden lainopillista tutkimista pitää tieteenä lainkaan. Tietoteoriaansa puolesta jyrkän materialistinen ja pitämisen maailmalle silmänsä sulkeva skandinaavinen realismi tarjoaa mitä herkullisimman vastinparin nimenomaan normatiivisen tiedon kanssa askartelevalla lainopille. Helin kertoo tutkimuksensa taustavaikuttajaksi jo oikeustieteen opintojensa alkuvaiheessa tekemänsä havainnon, johon Helinin lisäksi lienee törmännyt yksi jos toinenkin oikeustieteilijä⁹¹: teokset, joita tuleva lainoppinut sai luettavakseen eivät yksinkertaisesti vastanneet tämän näkemystä *tieteestä*. Tieteellisen tutkimuksen sijaan lainoppi tuntui pikemminkin kauas intellektuaalisen elämän keskuksista jäävältä ja suorastaan henkeä kuolettavalta sananväännöltä. Helin kertoo pelon edellisten väitteiden paikkansapitävyydestä kalvaneen häntä vielä läpi väitöskirjaprojektinkin. Lopulta hän kuitenkin toivoo tutkimuksensa osoittavan, ”että pelko ei ollut täysin aiheellinen”. Kertoopa hän tutkimuksensa myötä oppineensa peräti näkemään lainopillisissa päättelyissä ”outoa, vaikeasti avautuvaa kauneutta”. Oikeustieteen ylioppilaan *epäily*s on vaihtunut oikeustieteen tohtorin *näkemykseksi* lainopista oman ja myös merkittävän paikkansa omaavana kulttuurientiteettiä

⁹⁰ Helin 1988 s. 352–353.

⁹¹ Ks. esim. Halttunen 2003 s. 389, joka tunnustaa, ettei vielä 30 vuoden pohdinnankaan jälkeen osaa löytää dogmatiikan tulkintalauseille tieteellistä statusta, eikä oikeusdogmatiikkaa hänen mielestä näin pitäisikään yrittää pelastaa meille tuttuja *tieteen, tiedon ja totuuden* käsitteitä manipuloimalla.

tutkivana ja luovana *tieteenä* – *kulttuurityönä*, jonka sovellutukset yhteiskunnallisessa elämässä ovat runsaat ja välittömät.⁹²

Uskoakseni nimenomaan ajatus juridisten – lainopillisten – totuuksien yhteisöllisestä ja institutionaalisesta luonteesta on lopulta se keino, jolla Helin onnistuu yhdistämään kuvan lainopista yhtäältä totuutta tavoittelevana *tieteenä* sekä toisaalta yhteiskunnallista hyötyä tuottavana *kulttuurityönä*. Epäselväksi jää kuitenkin se, mitä Helin tarkoittaa tällä ontologisella näkemyksellään. Tämän selvittämiseksi on palattava Helinin vuonna 1983 julkaisemaan kirjoitukseen *On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics*, jossa hän hahmottelee teoriaa oikeusdogmatiikan tulkinnallisten lauseiden luonteesta ja tarkoituksesta. Juuri tätä koskevan ymmärryksen Helin katsoo olennaiseksi ylipäänsä koko oikeusdogmatiikan ymmärtämiselle⁹³.

Helin erottaa tuolloisesta kotimaisesta oikeusteoreettisesta keskustelusta kaksi eriävää kantaa siitä, mitä normin sisältö lopulta tarkoittaa. Aulis Aarnion edustaman kannan mukaan normin sisältö on se oikeuslähteiden kielellisesti mahdollisista vaihtoehdoista, joka on kaikkein rationaalisimmin perusteltavissa (*law as a value*). Ilkka Niiniluodon edustaman kannan mukaan kyse on sen sijaan mahdollisista vaihtoehdoista siitä, jonka oikeudellinen yhteisö lopulta hyväksyy (*law as a fact*). Oikeuden näkeminen monitasoisena ilmiönä johtaa Helinin katsomaan, että kumpikin edellisistä kannoista voi olla totta ja on näin perusteltua huomioida oikeusteoreettisen tarkastelun tasolla. Siirryttäessä kuitenkin oikeusdogmatiikan peruskäsitteiden tasolle tällainen dualismi aiheuttaa ymmärrettävästi sekaannusta. Tässä kohdin onkin Helinin mukaan tehtävä valinta. Helin itse valitsee eräänlaisen kompromissin todeten oikeusdogmaattisen tulkinnallisen väitteen olevan totta, mikäli *relevantti osa* oikeudellista yhteisöä sen hyväksyy.⁹⁴

Helin itse katsoo valinneensa Niiniluodon kannan⁹⁵. Itse en olisi asiasta aivan varma. Niiniluodosta poiketen Helin edellyttää juridiikan totuuksista päättävän oikeusyhteisön jäseniltä ”relevanssia”⁹⁶. Kyse ei toisin sanottuna ole pelkästä tosiasiallisesta äänen määrästä (*law as a fact*), vaan myös äänenpainojen laadusta (*law as a value*). On syytä huomata, että lopulta määrän ja laadun erottaminen käy tältä(kin) osin vaikeaksi; yhtäältä jo puhe ”oikeusyhteisöstä” edellyttää jäsenistön jonkinlaista rajaamista, mikä edellyttää edelleen jonkinlaista kriteeristöä. Kyseinen kriteeristö voidaan rakentaa niin luonteeltaan sisällöllisempien (esim. ”perusteltavuus”, ”hyväksyttävyyys” tai ”rationaalisuus”) tai muodollisempien (esim. oppiärvot tai virat) seikkojen varaan. Toisaalta äänen painojen laatukin on mahdollista sitoa aivan samalla tapaa luonteeltaan sisällöllisempiin tai muodollisempiin

⁹² Helin 1988 s. v, 1–2 ja 247.

⁹³ Helin 1983 s. 65 ja 83.

⁹⁴ Helin 1983 s. 73–75 ja 80, jossa Helin viittaa varsin samanlaisena kantana Knud Illumin teokseen *Lov og Ret* (1941). Illumiin Helin viittaa myöhemmin myös väitöskirjassaan (Helin 1988 s. 177–181 ja 259) puhuen ajatuksesta ”oikeustieteestä tradition kuunteluna” ja lainoppineesta oikeuden ”korkeakulttuuria” edustavan tradition viljelijänä; samalla tapaa kuin vain taiten tradition ja perusarvoihin, sen ”henkeen”, perehtynyt asiantuntijaryhmä voi ratkaista, onko syntynyt teos (todellista) taidetta, tai ainoastaan kansan oikeuskulttuuriin syvästi perehtynyt eliittiryhmä ratkaista, mikä on voimassaolevaa oikeutta. Helin toteaa teoriaa olevan epäilemättä helppoa kritisoida sävyllään epädemokraattiseksi ja elitistiseksi. Teorian vahvoina puolina Helin näkee juuri ajatuksen oikeuden ja taiteen ontologioiden samanlaisuudesta, joka avaa kiintoisan näkökulman oikeuteen nimenomaan kulttuuri-ilmiönä. Helin huomauttaa Illumin oikeusteoreettisten näkemysten jäävän lopulta luonnosmaisiksi mietelmiksi, jotka ovat syntyneet varsinaisen siviili- ja työoikeuden tutkijana suoritetun elämäntyön ohessa.

⁹⁵ Helin 1983 s. 75.

⁹⁶ ”The legal community is not a democracy, in which everyone has one vote; the number of votes depends on the position of the member in the hierarchy of the community. As a consequence, the criterion of the truth of legal dogmatic sentences is fairly loose and vague.” (Helin 1983 s. 80 alav. 25)

kriteereihin. Helin itse tukeutuu ”relevanssin” osalta varsin muodolliseen – tai suorastaan tautologiseen – kriteeriin; siihen, mitä ”relevantti” osa oikeusyhteisöä itse tällaisena pitää!⁹⁷

Juuri tähän näyttäisi kiteytyvän Helinin käsitys juridiikan totuuden yhteisöllisyydestä ja institutionaalisuudesta. Myöhemmissä kirjoituksissaan Helin puhuu *konsensuksesta*, jota tarvitaan, jotta tietyn konstitutiivisen säännön voidaan sanoa olevan voimassa oikeusyhteisössä. Tästä oikeuden voimassa olon – sen totuuksien – yhteisöllisestä luonteesta seuraa yksinäisten nerojen mahdottomuus juridiikan alalla. Perinnettä voi toki rikkoa, mutta tämä edellyttää ensinnäkin kyseisen perinteen tuntemista ja tältä pohjalta tapahtuvaa oikeudellisen yhteisön vakuuttamista. Tradition antaman taustan hylkäävälle yksityisajattelulle ei jää sijaa. On olennaista huomata, ettei ”oikeusyhteisö” välttämättä tarkoita koko juristikuntaa, vaan ainoastaan sen tietyn *alakohtaisesti vaihtelevan eliitin* suhteellista yksimielisyyttä. Olennaiseksi kysymykseksi jää nyt tietysti se, kuka tähän ”eliittiin” sitten kuuluu. Helinin mukaan tämä ratkeaa yhteisöllisesti; eliitti itse tunnustaa jäsenensä.⁹⁸ Helin tuleekin samalla maalailleeksi oikeusdogmaatikon urapolun: nuoren tutkijan on ensin vakiinnutettava paikkansa oman alansa herraklubin tavoin toimivassa eliitissä hankkimalla klubiin jo kuuluvien jäsenten tunnustusta erinäisin oppiarvoin ynnä muin näytöin. Kun pääsy alakohtaiseen eliittiin on lunastettu, jää dogmaatikon työksi huolehtia alansa tradition säilyttämisestä ja kehittämisestä. Tämä tarkoittaa alan konstitutiivisten sääntöjen uusintamista eli toistamista, eksplikointia eli täsmentämistä sekä parhaassa tapauksessa myös muuntamista. Konstitutiivisten sääntöjen esoteerisesta luonteesta johtuen lainopilta kaivataan tradition jatkuvaa kannatteleminen – sen vahvistamista, että tietty sääntö on yhä voimassa olevaa oikeutta. Suurin osa lainoppineen työstä sijoittuukin uusintamisen, tai ehkä korkeintaan täsmentämisen alueelle – sen toisteluksi, mitä muut ovat aiemmin sanoneet. Näin täytyy Helinin mukaan ollakin, vaikka tradition päälle voi myös rakentaa vähän omaakin. Lopulta voimassa olevan oikeuden sisältö jää kuitenkin jo käsitteellisesti riippuvaiseksi siitä, mitä sosiologisesti määritettyä eliitti sen sisällöstä ajattelee.⁹⁹

Teoreettisen rikoslainopin saralla saksalainen Michael Pawlik on viime vuosina kantanut paljon huolta teoreettisen ja käytännöllisen lainopin välisestä suhteesta.

⁹⁷ Esim. Aarnio 1989b s. 607–610 erottelee OIKEUSYHTEISÖ I:n ja II:n, joista ensimmäinen viittaa yleiseen *hyväksymiseen* (tehokkuus) ja jälkimmäinen puolestaan ”D-rationaalisuuden” pelisääntöihin sitoutuvan yleisön puitteissa saavutettuun *mahdolliseen hyväksyttävyyteen*. Jälkimmäinen oikeusyhteisö jää näin ideaaliksi. Ks. myös Aarnio 2006 s. 176–177. Rentto 1988 s. 217–218 huomauttaa oikeudellisen argumentaation sitomisen jonkinlaiseen kuvitteelliseen auditorioon merkitsevän lopulta kehää: argumenttien laadun arviointia peilaamalla niitä kuvitellun auditorion asettamiin järkeviin standardeihin sitoen samalla kuvitellun auditorion juuri näihin samoihin järkevyyden standardeihin. Tätä kautta kulloinkin käsitys järkevyydestä sekä määrittelee auditorion että perustuu auditorioon!

⁹⁸ Helin 1998 s. 1033–1035. Alav. 16 Helin luokittelee oikeudellisen yhteisön jäseniä vielä hienojakoisemmin. Alakohtaisen *eliitin* ulkopuolisia, mutta kuitenkin oikeudelliseen yhteisöön kuuluvia henkilöitä hän nimittää *soveltajiksi*. Soveltajat tuntevat konstitutiiviset säännöt (, joiden olemassaolo siis perustuu eliitin konsensukseen) ja voivat niiden avulla ymmärtää oikeustodellisuutta sekä myös toteuttaa päämääriään luomalla sinne uusia entiteettejä. Itse sääntöön soveltajat eivät kuitenkaan kykene kajoamaan. Edellisten lisäksi Helin puhuu *muista henkilöistä*, joiden ainoana merkityksenä oikeuden maailman konstituomisessa on siinä, että he voivat mahdollisesti suistaa eliitin asemastaan. Eliitti toisin sanoen tarvitsee näiden muiden luottamusta, tai vähintäänkin passiivisuutta. Mitä kansainvälisemmäksi eliitti muuttuu – tai nähdäkseni mitä monimutkaisemmaksi oikeus ylipäänsä käy – sitä vähemmäksi käyvät näiden muiden mahdollisuudet vaikuttaa, mikä puolestaan ilmenee eräänlaisena demokratiaivajeena. Samansuuntaisesti esim. Raitasuo 2019 s. 697–702 ja 705 puhuu (Pierre Bourdieun sosiologiaan viitaten) laintulkintakannanottoja esittävien erisuuruudesta ”tulkintavallasta”.

⁹⁹ Helin 1998 s. 1033–1035 ja myös Helin 2015 s. 801. Oikeuden (tai tarkemmin rikosoikeudellisten kirjoittamattomien oikeusperiaatteiden) institutionaalista ja konventionaalista ontologiaa on rikosoikeuden saralla pohtinut hiljattain myös Hyttinen 2015 s. 172–177, jossa mielenkiintoisena uutena aspektina on etenkin kysymys siitä, kuinka kansainvälinen oikeuden sosiaalisen todellisuuden taustalla oleva yhteisö voi olla. Hyttinen katsoo jaetun asenteen (tai uskomuksen) edellyttävän varsin suppeaa yhteisöä, minkä johdosta ajatus esim. yleiseurooppalaisista pätevistä oikeusperiaatteista osoittautuu ”jokseenkin perusteettomaksi oletukseksi”. Ks. myös s. 349 alav. 66, jossa Hyttinen pohtii vielä *perusteluauditorion* laajuutta todeten sen rajaamisen esim. rikosoikeuden asiantuntijoiden asenteisiin merkitsevän ”demokratiaa halventavaa harvainvallan ihannointia”.

Helinin ajattelun tavoin myös Pawlikin teoria tulee monissa kohdin hyvin lähelle sitä, miten itse (rikos)lainopin käsittän.

Myös Pawlik lähtee liikkeelle teoreettisen ajattelun välttämättömyydestä ja perustavanlaatuisuudesta. Niin jokaisella rikosoikeuden yleisen osan instituutilla kuin erityisen osankin keskeisellä rikoksella on Pawlikin mukaan oma metadogmaattinen kehysteoriansa. Rikosoikeudessa tällainen ”metadogmatiikka” tai luhmannilainen ”superteoria” tiivistyy ennen kaikkea niin sanottuun *yleiseen rikosoppiin* (”allgemeine Verbrechenslehre”), joka toimii edelleen eräänlaisena välittäjänä (”Rezeptionsreflexionsdisziplin”, ”Schnittstellenmanagement”), jonka kautta rikosoikeusdogmatiikan on mahdollista pitää suhdetta muihin sitä lähellä oleviin tieteisiin – ennen kaikkea filosofiaan ja yhteiskuntatieteisiin – sekä argumentaatiotapoihin ja legitimaatioperusteisiin. Yleisen rikosopin kautta päästään tarkastelemaan teemoja, joita niin sanottu arkipäivän dogmatiikka sinällään (ja pitkälti tiedostamattaan) kyllä kaiken aikaa hyödyntää ilman, että kykenisi – tai edes haluaisi – asiaa kuitenkaan sen kummemmin tarkastella.¹⁰⁰

Pawlik näkee (opettajansa Günther Jakobsin tapaan) rikosoikeuden halki aikojen jatkuvana debattina, jossa esitetyt väitteet pyritään perustelemaan muiden keskusteluun osallistujien hyväksyttävissä olevin perustein. Kyse ei ole yksilöllisestä pohdinnasta, vaan jatkuvasta keskustelusta. Esimerkiksi muutokset käsityksissä vaikkapa rikosoikeudellista syyksi lukemista koskeissa kriteereissä eivät johdu Pawlikin käsityksen mukaan pelkästään – tai edes ensisijaisesti – siitä, että vanhat kriteerit olisivat käyneet jotenkin dogmaattisesti toimimattomiksi. Muutoksen pääsäällinen syy on sen sijaan yksinkertaisesti se, etteivät ne enää ole rikosoikeudellisen kommunikaatioyhteisön arvovaltaisen ryhmän omaksumien tulkintamallien ja kysymyksenasetteluiden kannalta vakuuttavia. Lyhyesti sanottuna: ettei niihin enää *uskota*. Rikoslainopissa on kyse oman aikansa ilmaisusta ja keskiarvosta (”Ausdruck und Reflexionsmedium ihrer Zeit”). Juuri tässä on Pawlikin mukaan avain rikosoikeustieteilijän itseymmärrykseen. Vain tätä kautta rikoslainoppinut voi kyetä ymmärtämään oman roolinsa ja myös täyttämään sen.¹⁰¹

Juuri tästä lähtökohdasta myös Jakobs suorittaa työnjaollisen erottelun ”perustutkimusorientoituneeseen” ja ”dogmaattiseen” oikeustieteeseen. Näistä ensimmäisen tehtävänä on kontekstualisoida voimassa oleva oikeus sosiaali- ja kulttuuriteoreettisesti ”als Emergenz von Kultur (zu) beschreiben”. Jälkimmäisen ”soveltavan professiotieteen” osaksi jää puolestaan oikeuden lähestyminen kulttuurituotteen sijaan tulkintaa kaipaavana normijärjestelmänä. Siinä, missä perustutkimukselliset pohdinnat jäävät dogmaatikon silmissä usein merkityksettömiksi, edustaa dogmatiikka perustutkimusorientoituneelle tutkijalle helposti sisäänpäin kääntynyttä opillista autismia, jota Jakobs nimittää ”ahdaskatseisuudeksi”. Pawlik puhuu tältä osin dogmatiikan harjoittamiselle välttämättömästä ”uskonvalmiudesta”, joka kuitenkin *yleiseen* (ja siis perustutkimusorientoituneeseen) *rikosoppiin* siirryttäessä olisi korvattava epäilyksellä.¹⁰² Nimenomaan ”uskoon” liittyvät sanavalinnat eivät *uskoakseni* olekaan Pawlikin teksteissä sattumia, vaan niihin kätkeytyy olennainen elementti hänen ajattelunsa ymmärtämiseksi. Mikäli ymmärrän Pawlikia – ja siis tässä kohdin myös

¹⁰⁰ Pawlik 2012 s. 16 ja 37–39, Pawlik 2014 s. 373–375 sekä Pawlik 2015 s. 16.

¹⁰¹ Pawlik 2019 s. 235 ja Pawlik 2014 s. 381; ”(Die – JR) strafrechtswissenschaftliche Interventionen sich nicht als individuelle Meditationsübungen, sondern als Beiträge zu einer laufenden Debatte verstehen”.

¹⁰² Pawlik 2019 s. 236 ja Pawlik 2015 s. 16.

Jakobsia – oikein, on heidän ajatuksenaan ravistella ”ahdaskatseiseen opilliseen autismiin” vajonneita rikosoikeusdogmaattikkoja näkemään lainoppiin välttämättä sisältyvä teoreettinen ja kulttuurinen puoli. Pawlik kiteyttääkin Jakobsin *vakaumuksen* siten, ettei oikeusjärjestys saisi jäädä ”sekulaarin pelastusvarmuuden katedraaliksi”, vaan pelkäksi enemmän tai vähemmän viisaasti pystytetyksi rakennukseksi, jonka statiiikka vaatii jatkuvaa suojaamista aikojen muuttuessa.¹⁰³

Jokainen uskoo johonkin. Kukaan ei kykene koettelemaan kaikkien elämässään – tai edes lainopillisella urallaan – tekemiensä ratkaisujen jokaista taustalla enemmän tai vähemmän suorasti vaikuttavaa premissiä. Ihminen – lainoppinut mukaan lukien – joutuu kerta toisensa jälkeen laittamaan päälle kahnemanilaisen ”kruisailuvaihteen”¹⁰⁴ ja lähinnä toivomaan, ettei nyt ainakaan mitään kovin ikävää tapahtuisi. Mitä yksityiskohtaisempia voimassa olevaa oikeutta koskevia tulkinta-, systematisointi- tai punnintakannanottoja tuotetaan, sitä useammin näin joudutaan toimimaan. Uskaltaisin väittää, että suurin osa vaikkapa tämän maan rikoslainkäyttäjistä puhuu sujuvasti niin *teoista*, *laiminlyönneistä* kuin *tuottamuksestakin* ajattelematta koskaan kovinkaan syvällisesti – tai ainakaan tietoisesti – mistä näissä käsitteissä oikein on kyse. Samoin yhä kiristyvässä aikapaineessa juttujaan ratkova lainkäyttäjä heittäytyy monessa kohdin uskon varaan; hän saattaa esimerkiksi uskoa, ettei teon ja laiminlyönnin rajanvedon pohdinta vaikuttaisi hänen ratkaisemansa jutun syy-seuraus -suhteen arviointiin, tai hän saattaa uskoa, että Dan Frände on oikeustalon kirjastosta löytyneessä yleisten oppien esityksessään onnistunut kiteyttämään, mistä voimassa olevan oikeuden edellyttämässä kausaliteetissa on kyse. Aivan samalla tavoin erilaisia tutkimustuloksia yhä tehokkaammin tuottava lainoppinut heittäytyy uskon varaan jättäessään lukematta tylsänpuoleisen – ennen kaikkea ehkä aivan liian pitkän – tekstin, jonka nopeasti *arvioi* vieläpä oman tutkimuksensa kannalta mielenkiinnottomaksi, tai rakentaessaan johtopäätöksensä ”työnohjaajiensa”, ”oppimestareidensa” ynnä muiden vastaavien teorioiden varaan ilman, että näitä teorioita välttämättä kovinkaan hyvin ymmärtäisi – saatikka vaivautuisi tutustumaan niihin satoihin muihin teorioihin, joita liki mistä tahansa vähänkään perustavammasta rikoslainopillisesta temasta on esitetty.

Olennaista on tietysti se, minkä asioiden kohdalla ja kuinka kokonaisvaltaista ylipäänsä tämä ”uskon varassa kruisailu” milloinkin on. Esimerkiksi rikoslainoppinut kohtaa rikosoikeutta tarkastellessaan luullakseni toistuvasti asioita, joiden kohdalla olisi pelastusvarmuuden varaan heittäytymisen sijaan parempi pohtia, kuinka viisaasti

¹⁰³ Pawlik 2019 s. 238. Jakobsin mukaan ajatus ”oikeasta oikeudesta” ei ole nykymaailmassa mahdollinen ilman yhteiskunnan aineellisen ja henkisen tilan huomiointia. Sitä ei voi tästä tilasta kuitenkaan suoraan kopioida, vaan se on muodostettava tästä *viisaudella* – aivan kuten siellä täällä lojuvat työkalut ja hammasrattaat eivät vielä itsessään muodosta kelloa, vaan voidaan viisauden ja taidon avulla sellaiseksi muokata – ja tämä voi edelleen tapahtua hyvinkin erilaisin tavoin. (Jakobs 1994 s. 17) Samasta asiasta puhuu luullakseni myös Kangas 1997 s. 100 korostaessaan oikeuden teoreettista analyysia tutkijan ammattikuvan ja itseymmärryksen kannalta välttämättömänä perustana, jolle oikeutta koskevan tieteen ylipäänsä tulisi rakentua. Teoriaton oikeustiede jää kirjalliseksi vallankäytöksi, jolla ei lopulta ole edes välineitä tuon vallankäytön kritisoinniseen. Kangas kuitenkin myös painottaa, että teoriattoman oikeustieteen puolustelun kanssa aivan yhtä perusteetonta on kuvitella tilannetta, jossa oikeutta koskevien teorioiden osalta saavutettaisiin yksimielisyys. *Usko* liittyy tietysti myös ajatukseen juridiikan maailmasta puuttuvista yksistä oikeista vastauksista – totuuksista. Ks. esim. Lappi-Seppälä 1987 s. 40–41, joka toteaa juridiikan ja moraalien ”totuuksien” poikkeavan matemaattisista ja luonnontieteellisistä sikäli, ettei niiden todistaminen tapahdu osoittamalla asioita tosiksi tai epätoisiksi, vaan *uskottaviksi*. Kyseiselle uskottavuudelle voidaan muotoilla erilaisia mittoja – esimerkiksi Aulis Aarnion esimerkkiä seuraten ”rationaalinen hyväksyttävyyys”. Lappi-Seppälän mielessä onkin tässä kohdin nimenomaan argumentaatioteorian tarjoama vaihtoehto loogis-deduktiiviselle ratkaisuteorialle sekä yhden ainoan ratkaisun opille. Ks. myös vaikkapa Hirvonen 1994 s. 110, jolle rikosoikeus ei jää kauas uskonnon maailmasta; kummankin logiikka perustuu uskon pyhiin teksteihin – rikosoikeuden saralla lain kirjaimiin.

¹⁰⁴ Kognitiopsykologisesta (ja siis empirisistä) käsityksestä koskien inhimillistä ja nimenomaan juridista päätöksentekoprosessia ks. esim. Gräns 2013 s. 46–110, josta välittyvä kuva inhimillisen päätöksenteon puutteellisesta rationaalisuudesta (*bounded rationality*) sekä erilaisista heuristiikoista ja suoranaista virheistä (*heuristics and biases*) antaa uskoakseni jokaiselle juristille aiheen pohtia vakavasti omien argumentatiivisten suoritustensa uskottavuutta.

pystytetyistä rakennelmista oikein on kyse. Pawlikin ja Jakobsin ajatteluun sisältyvän historismin ja relativismin näkökulmasta kyse on ennen kaikkea siitä, miten rikosoikeus elää ajassaan – kuinka ”yhteiskunta-adekvaatti” rikosoikeusjärjestys lopulta on?¹⁰⁵ Pawlik jatkaa ajatusta kysymällä, eikö tämän kaiken hyväksymisen hintana ole krooninen huono omatunto? Tällaisen ”relativistisen ansan” Pawlik uskoo kuitenkin voivansa välttää turvautumalla edelleen juuri historismiin; totuuden ajallisuuteen. Voimassa olevaa oikeutta koskevia kannanottoja odottavat tahot – olivatpa rikosprosessin asianosaisia tai lainopillisten tekstien lukijakuntaa – voivat odottaa ainoastaan oman aikansa totuuskäsitysten ja argumentaatiostandardien perusteella parhaalla mahdollisella tavalla perusteltua rikosoikeudellista kannanottoa. Sitä enempi on illusorista, eikä sitä enempää voida vaatia.¹⁰⁶

Tässä teoksessa löytyvien ajatusten turva löytyy pitkälti samasta paikasta; lainopin traditiosta sekä demokraattisesta pluralismista. Pidän kuitenkin itse olennaisena sitä, ettei lainoppineen – etenkin rikoslainoppineen – kuulu missään tapauksessa luopua tyystin huonosta omastatunnostaan. Juristi askarteleo ihmisten asioiden kanssa ilman, että kyseisillä ihmisillä alati monimutkaistuvassa (oikeudellisessa) maailmassa useinkaan olisi kovinkaan realistisia mahdollisuuksia edes ottaa kantaa tämän askartelun laatuun. Omien tekemistensä epäileminen on tällaisessa toimintaympäristössä kultaakin kalliimpi hyve – aina perustavanlaatuisten ”metadogmaattisten” tai ”tieteenteoreettisten” kysymysten tasolle asti. On pysähdyttävä uudelleen ja uudelleen kysymään sen kaltaisia kysymyksiä kuin: *Mitä ihmettä oikein teen? Onko minulla todella syytä tuomita, tai vapauttaa, tämä ihminen? Olenko hyvä vai huono juristi?*¹⁰⁷

Pawlikin ajatukset teorian ja käytännön välisestä vuoropuhelusta konkretisoituvat tämän yleistä rikosoppia koskevassa kunnianhimoisessa esityksessä *Das Unrecht des Bürgers* (2012). Pawlikin ajattelu tulee nähdäkseni varsin lähelle Helinin oikeustieteellistä traditiota painottavaa elitismia. Pawlik lähtee liikkeelle muistuttamalla lukijaansa siitä, että suurinta osaa rikosoikeudellisista oppikirjoista voi pitää keittokirjamaisina reseptikokoelmina¹⁰⁸, joissa rikosoikeutta yritetään tehdä hallittavaksi keskimääräisen älykkäälle, keskimääräisen ongelmatietoiselle, keskimääräisen velvollisuudentuntoiselle ja keskimääräisen rutinoituneelle juristille, jolle riittää, että dogmaattisten lausekkeiden ja systemaattisten kategorioiden käyttö tuottaa suurella todennäköisyydellä hyväksyttävissä olevia tuloksia. Tätä kautta *dogmatiikasta* tulee lopulta pelkkää *didaktiikkaa*. Länsimaisen yhteiskunnan itseymmärrystä muokkaava usko demokraattisen egalitarismin mukaiseen

¹⁰⁵ Pawlik 2019 s. 241.

¹⁰⁶ Pawlik 2019 s. 250–251. Vrt. esim. Hyttinen 2015 s. 27, joka näyttäisi filosofian ja juridiikan välistä kuilua pohtiessaan päätyvän lähinnä ongelmien sivuuttamiseen sillä, että *kaikkia kuitenkin lopulta tarvitaan*; niin vapaata filosofista kysymistä ja kyseenalaistamista kuin lakien tuntemista kaikkine momentteineenkin. Dworkiniin viitaten Hyttinen huomauttaa kaikkia juristeja voitavan pitää myös filosofeina. Pawlikin edustamasta armostomammasta näkökulmasta Hyttisen lempät ja sinällään paikkansa pitävät huomiot eivät tietystikään poista ongelmaa mihinkään. Avoimeksi jää, eikö juristi voi myös olla *luokattoman keho* filosofi, joka ei ymmärrä tai ole edes perehtynyt aapistasonkaan (tieteelliseen) filosofiaan, eikä edes ymmärrä tällaista surkutella, tai edes koko asiaa ajatella? Ja eikö tällaisen *filosofian* varassa lakien (kaikkine momentteineen) kanssa opeointi merkitse juuri sellaista ”sekulaarin pelastusvarmuuden katedraaliin” sulkeutumista, josta Pawlik ja Jakobs varoittelevat?

¹⁰⁷ Kiitos Raimo Lahti 22.8.2019 jakamistani ajatuksista koskien rikosoikeuden ”rationaalisuuden” ja ”humanisuuden” *ihannetta* sekä huonon omantunnon *arvoa*. Oli hienoa saada nähdä, kuinka rationaalisuus ja humanisuus voivat merkitä myös alituksen pyrkimisen kohteena olevia tavoitteita –, eivät jonkinlaisia tyhjyyttä kumisevia iskusanoja, joilla omia näkemyksiä vain pönkitetään. Erityisen hienoa oli saada todistaa, kuinka oikeudenmukaisuus ja sen toteuttamista koskeva vilpittön huoli voivat todella vaivata ihmistä; pakottaa itsereflektioon ja lopulta kuitenkin antaa aiheen iloon ja kiitollisuuteen siitä, kuinka on saanut tehdä työtä näin sanomattoman tärkeiden ja kauniiden asioiden äärellä.

¹⁰⁸ Näin Pawlik ulottaa keittokirjavertauksen huomattavasti pidemmälle kuin vaikkapa Urs Kindhäuser, joka tyytyi kritisoimaan keittokirjamaisuudesta vain oppikirjamaisia yhteenvedoja erilaisista dogmaattisista teorioista – ei itse rikosoikeuden yleisesityksiä (Kindhäuser 2009b s. 959).

sosialisoidun arvostelukyvyn yksinomaiseen parantavaan voimaan näkyy Pawlikin arvion mukaan kompromissihakuisena pragmatismina väistämättä myös rikosoikeuden alueella. Eikä Pawlik usko tästä maksettavan hinnan jäävän mitenkään vähäiseksi. Lisäksi Pawlik muistuttaa nykydogmatiikassa niin ikään tunnistamansa tendenssin kohdella menneisyyttä kuolleena osoittavan vastuuopillisen nykyaikaisuuden sijaan lähinnä perusteetonta itsekorostusta.¹⁰⁹ Toisaalla Pawlik kuitenkin muistuttaa, etteivät filosofit voi pelkkien maallikoita hienostuneempien metodisten työvälineidensä ja ammattinsa perusteella vedota muita syvempään moraaliseen näkemykseen, ja että aito itereflektiivinen tarkastelu johtaa myös filosofisesti valvutuneiden tahojen kohdalla väistämättä paitsi itsetietoisuuden myös nöyryyden lisääntymiseen¹¹⁰.

Kaikkien edellisten pohdintojen perusteella näen lainopin toiminnaksi, jonka tavoitteena on ”voimassa olevan oikeuden” selvittäminen. Tämän voimassa olevan oikeuden muodostaessa ”radikaalisti tulkinnanvaraisen” kokonaisuuden, jonka yleisen tason hallinta on mahdotonta, jää lainopin harjoittaminen eri näkökulmista luotujen silmäysten varaan. Pyrin seuraavaksi konkretisoimaan, mitä tämä kaikki käytännössä tarkoittaa – sellaisena kuin pyrin tässä teoksessa lainoppia harjoittamaan.

¹⁰⁹ Pawlik 2012 s. 9–15 ja 20.

¹¹⁰ Pawlik 2014 s. 386–389.

4. MITEN LAINOPPIA PITÄISI HARJOITTAAN?

”I omgivningen runt de traditionella juridiska disciplinerna håller en förvandling av det samhällsliga och vetenskapliga landskapet på att äga rum. De stora planmässiga och enhetliga systemen börjar få ge vika för mer löst sammanfogade konstellationer av idéer. Den teoretiska diskursen frammanar helt enkelt en osäkrare, men samtidigt mångsidigare, bild av vår tillvaro. I kölvattnet från sådana fenomen föds inte bara desperation och riktninglöshet, utan fastmer ett anspråklösare förhållningssätt till ’eviga’ eller ’rationella’ sanningar, parat med en öppnare attityd till att pröva en mängd olika tillvägagångssätt i det teoretiska och vetenskapliga sökandet eller – om inte sanningen så åtminstone – intressanta iakttagelser och analyser av de företeelser som omger oss.”

(Håkan Andersson¹¹¹)

Olen edellä esittänyt, että:

1) *oikeudessa* on kyse ”radikaalisti tulkinnanvaraisesta” ihmisten yhteiselämään liittyvästä seikasta, johon voidaan omaksua mitä erilaisimpia näkökulmia, joista käsin oikeus näyttäytyy hieman erilaisena, ja että

2) *lainopissa* on kyse juuri näistä näkökulmista, joiden pohjalta (voimassa olevan) oikeuden sisällöstä pyritään tuottamaan enemmän tai vähemmän perusteltuja väittämiä.

Niin käsitykset oikeudesta kuin lainopistakin pohjaavat välttämättä huomattavaan määrään erilaisia viime kädessä maailmankatsomukseen ja ihmiskuvaan palautuvia näkemyksiä, joiden välillä ei ole olemassa yleispätevää keinoa yhteisymmärryksen saavuttamiseen. Oikeuteen ei ole niin yhtä ”oikeaa” kuin ”ei-mistään” lähtevääkään näkökulmaa, vaan kaikki oikeudellisten väitteiden taustalla olevat sitoumukset ovat lopulta kyseenalaistettavissa. Kyseisen epävarmuuden kanssa voi uskoakseni elää ainakin kolmella eri tavalla:

Ensinnäkin oikeuden tutkimisen voi todeta kaikessa loputtomuudessaan ja mahdottomuudessaan turhanpäiväiseksi ja lopettaa suosiolla koko leikki. Lopputuloksena olisi näin *non liquet* – epäselvyys, jossa rehellistä ratkaisumahdollisuutta ei ole havaittavissa¹¹². Kyseinen vaihtoehto on näyttäytynyt tätäkin tutkimusta kokoon kursittaessa ajoittain hyvinkin houkuttelevalta.

Toinen vaihtoehto on painottaa Siltalan tavoin koherenssia ja tyytyä muodostamaan oikeutta koskevia väittämiä tietystä mahdollisimman tarkasti ja tietoisesti valitusta ”tulkintamatriisista” käsin. Kuvaavana esimerkkinä toimii

¹¹¹ Andersson 2000 s. 22.

¹¹² Ks. esim. Husa 2004 s. ix–x, 248 ja 263, joka muistuttaa akateemisesti vapaalla tutkijalla (toisin kuin vaikkapa ratkaisupakon sitomalla tuomarilla) olevan aina mahdollisuus tällaiseen lopputulokseen päätyä. Husa päätyykin myös omassa oikeuden ja politiikan välistä rajanvetoa ennen kaikkea vallanjako-oppien näkökulmasta lähestyvässä tutkimuksessaan vähintäänkin arvelemaan *non liquet* -tilanteen olevan lähellä – jälkimodernilta juridiikalta kun näyttäisi puuttuvan uskottava kyky määrätä oikeuden ja politiikan välisestä suhteesta ainakaan systeemihakuisen teoreettisen lainopin sallimin koherentteja yleisiä oppeja korostavin toimintatavoin. Lopulta Husa ei kuitenkaan malta jättää asiaa ratkaisemattomaksi, vaan tekee oman polysentrisen ehdotuksensa.

Jussi Syrjäsén vuoden 2008 väitöskirja *Oikeudellisen ratkaisun perusteista*, jossa Syrjäsén rakentaa oman oikeudellisen ratkaisun teoriansa Niklas Luhmannin systeemiteorian varaan todeten sen heti alussa vain yhdeksi mahdolliseksi näkökulmaksi oikeudelliseen ratkaisuun – ja pitäen lähinnä onnekkana sattumana, mikäli kyseinen (niin ikään lähinnä sattumankauppana Syrjäsén tutkimuksen lähtökohdaksi päätynyt) näkökulma tarjoaisi *parhaan* mahdollisen näkökulman nykyajan oikeuden ongelmiin. Tiedeyhteisö edustaakin Syrjäselle ”open source” -projektin kaltaista hanketta, jossa ”peruskoodin” kaltaista tieteellistä perusjäsennystä on mahdollista ”koodata” vähitellen uudelleen siten, että kuka tahansa voi käyttää sitä omissa kehittyisissään ja muunnella sen osia omiin tarkoituksiinsa sopivaksi. Omaksi koodinkirjoituksen tyylikseen Syrjäsén kertoo *minimalismin*; esityksen pelkistämisen ainoastaan siihen mikä on keskeistä ja välttämätöntä – eli tarpeellista ajatusten eteenpäin viemiseksi ja argumenttien esittämiseksi. Syrjäsén tutkimus onkin lisäksi mitä *pragmaattisin*, ja ennen kaikkea tavoiterationaalisin; hänen ratkaisuteoriansa pyrkii vastaamaan modernin yhteiskunnan tarpeisiin ja tämän tarkoituksensa nojalla Syrjäsén katsoo mahdolliseksi valikoida ja muokata tarjolla olevia kysymyksenasetteluita, käsittevalintoja ja ajattelumalleja. Yhteiskuntaa ja oikeutta selittäviä yleisiä teorioita ei Syrjäsén mukaan sinällään voi sivuuttaa, mutta niistä on mahdollista valikoida vain sellaiset elementit, joiden voi ajatella parhaiten palvelevan juuri hänen tutkimuksensa tarpeita.¹¹³

Syrjäsén siis perustaa tutkimuksensa tiettyyn heti alussa valitsemaansa (ja lopulta sattumanvaraiseen!) näkökulmaan sekä minimalistis-pragmaattiseen esitystapaan, jossa johdonmukaiseksi katsottua ajatuksenkulkua viedään eteenpäin sieltä täältä poimittujen ja sopivalta näyttävien koodinpätkien varassa. Lopputuloksena on systeemiteoreettinen oikeudellinen ratkaisuteoria, joka koodarin itsensäkin mukaan tuskin on paras mahdollinen tapa oikeudellisen ratkaisun hahmottamiseen. Teorian hyvyys näyttäisi Syrjäsén esityksessä kuitenkin toissijaiselta (tai alisteiselta) verrattuna teorian johdonmukaisuuteen ja koherenssiin. Olennaista on se, että Syrjäsén lainailemat – tai vähintäänkin lukijalleen esittelemät – oikeusajattelun palaset istuvat mukavasti yhteen. Itselleni Syrjäsén tutkimus edustaa varsin epäilyttävää ”tarkoitus pyhittää keinot” -ajattelua, tai suoranaista tekopyhyyttä. Syrjäsén edellyttää kyllä oikeudelliselta ratkaisutoiminnalta *avoimuutta*, mutta oman oikeustieteen tekemiseen tällainen ei tunnu Syrjäsén ajattelussa enää ulottuvan. Oikeudellinen ratkaisutoiminta ei saa turvautua eettiseltä kannalta arveluttavaan määrään väkivallan uhkaa tai mielipidemaniipulaatiota, mutta lukijoitaan vakuuttamaan pyrkivä oikeustieteilijä sen sijaan saa noin vain lainailla mistä ja mitä sattuu, ja vieläpä tästä lukijalleen ”minimalistisesti” raportoiden.¹¹⁴ Lukija saakin Syrjäsén tutkimuksen kanssa olla jatkuvasti varuillaan siitä, mitä hänen etensä satuana milloinkin marssittamaan – tai pikemminkin; mitä milloinkin jää kertomatta.

¹¹³ Syrjäsén 2008 s. 5–9, 15–17, 20 ja 208.

¹¹⁴ Sinällään Syrjäsén toki tunnistaa käytännön elämän avoimuudelle oikeudellisen ratkaisutoiminnan saralla asettamat rajoitukset. Informaation käsittelykyvyn sekä ongelmanratkaisukyvyn rajallisuudesta johtuen ratkaisutoiminnassa huomioitavia argumentteja joudutaankin aina lopulta valikoimaan, ja näin siis tasapainoilemaan yhtäältä avoimuuden ja toisaalta ”suljettuisuuden” välillä. Lopulta oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa onkin kyse dialektisesta vuorovaikutussuhteesta avoimuuden ja suljettuisuuden sekä myös dynaamisuuden ja staattisuuden välillä – kombinaatiosta, jonka puitteissa myös esim. oikeusläheoppi tasapainoilee yhtäältä *kompleksiteetin* ja toisaalta *kontingenssin* kanssa. Olennaista onkin tasapainon löytäminen – ”kompleksiteetin on oltava adekvaattia”. (Syrjäsén 2008 s. 17–20 ja 150–151)

Uskoakseni käsityksemme oikeuden tutkimiseen liittyvästä *tarpeellisuudesta* ja *riittävydestä* jäävät Syrjäsen kanssa varsin kauas toisistaan. Itselleni oikeuden tutkiminen ilman ensisijaista pyrkimystä suorittaa tämä nimenomaan parhaalla mahdollisella tavalla on *tarpeetonta*, ja lukijan jättäminen minimalistisesti valikoitujen lähinnä omia sanomisia tukevien viittausten varaan *riittämätöntä*. Tarvitsen itse epävarmuuden kanssa elämiseen kolmannen tavan, jonka uskoisin Syrjäsen omaksumista lähtökohdista näyttäytyvän kestävämmänä kaaoksena, jolla ei ole reaali maailmassa ”jatkuvuusedellytyksiä”¹¹⁵.

Kolmantena vaihtoehtona epävarmuuden kohtaamiseen on pyrkiminen Hannu Tolosen tapaan jonkinlaisen pluralistisen yhdistelmäteorian muodostamiseen koherenssista ja johdonmukaisuudesta tinkien. Nähdäkseni jo esittelemäni Tolosen *Oikeuslähteoppi*-teos on hyvä esimerkki tämänkaltaisesta ajattelu- ja myös tutkimustavasta. Samantyyppinen ajatuskulku on löydettävissä jo Tolosen vuoden 1984 väitöskirjasta tämän käsitellessä Aristoteleen valtiopoppia. Tolonen löytää *Politiikka*-teoksen 4. ja 5. kirjoista ajatuksen sekamuotoisesta valtiojärjestyksestä (*politeia mese*), jota Tolonen luonnehtii *kontekstuaaliseksi* ratkaisuksi *olosuhteisiin nähden parhaan* valtiomuodon ongelmaan.¹¹⁶

Kuten tämänkin teoksen lehdtä on varmasti jo huokunut, olen taipuvainen lähtemään nimenomaan Tolosen pluralistiselle polulle, jossa niin oikeudesta kuin sen tutkimisestakin muodostuu johdonmukaisen järjestyksen sijaan enemmänkin värikäs *meze*-lautanen. Järjestyksessä, koherenssissa ja ennustettavuudessa ei tietysti ole mitään vikaa, mutta viimesijaisiksi päämääriksi niistä ei ole. Ne joutuvat aina väistymään *parhaan* mahdollisen näkemyksen (tai vaikka *Totuuden*) edestä. Mitä erilaisimpien kontekstien maailmassa olosuhteisiin nähden paras yleisen tason ratkaisumalli on uskoakseni usein nimenomaan *meze*-lautanen – ei jäykkä prosessikaavio.

Todettakoon, etteivät edellä hahmottelemani kolme mallia varmastikaan ole ainoat mahdolliset¹¹⁷. Esimerkiksi Eero Backman on hahmotellut oikeusteorian ja -tieteen monimuotoisuuden kanssa elämisen tavoiksi yhtäältä tiettyyn traditioon sitoutumisen ja toisaalta eklektismin ohella kolmannen lähestymistavan, jota hän luonnehtii ”sellaiseksi oikeudellisen ajattelun systeemin kehittämiseksi, joka kattaa periaatteessa oikeudellisen sääntelyn kaikki osat eikä sisällä sisäisiä ristiriitoja”¹¹⁸. Itselläni ei ole minkäänlaista kykyä ja osaamista tarjota lukijalleni tällaista ihanuutta, enkä myöskään ole tällaista tuntemani oikeusajattelun piirissä kohdannut. Omassa listassani yhtäältä tietyn tradition sisälle rajoittuvan koherenssin ja toisaalta tätä laaja-alaisemman eklektismin kanssa kolmannen vaihtoehdon muodostaakin skeptinen luovuttaminen.

Koska en ole valmis luovuttamaan vielä tässä kohdin, yritän seuraavaksi esittää, mitä pluralistista eklektiaa puoltava valintani rikoslainopin harjoittamisen osalta tarkoittaa.

¹¹⁵ Syrjänen 2008 erit. s. 18–19.

¹¹⁶ Tolonen 1984 s. 260.

¹¹⁷ Esim. jonkinsortin oikeusfilosofiaa voisi hyvinkin ajatella tehtävän vaikkapa Isidore Isoun teoksellaan *La loi des purs* (1963) antamaa esimerkkiä seuraten. Kyse on lettristisestä lukujen otsikoita lukuun ottamatta *tyhjistä* teoksesta – eräänlaisesta antirationalisesta *blanc*-filosofiasta, jota voinnee pitää niin ”ontologisella avoimuudellaan kokemuksen ei-mistään sallivana” kuin huuhaanakin. Aiheesta nimenomaan filosofian ja kirjallisuuden näkökulmasta ks. Sjöberg 2012.

¹¹⁸ Backman 1992 s. 14–15.

Määritän toisin sanoen rikoslainopilliset *teesini*, joita pyrin sitten parhaani mukaan noudattamaan.

5. TEESIT RIKOSLAINOPILLE

”Oberoende av om man vill nyttja postmoderna ansatser har vi likväl nu ett läge där traditionell rättsdogmatik utmanas av nyare kritiska ansträngningar. En kritisk – här i betydelsen allvarligt undersökande och överprövande – granskning av ett materiellt rättsområde kan numera svårligen genomföras utan en mottaglighet för de multipla förståelsesammanhang och teoriramar som dagens samhälle och vetenskap innehåller. Vad som krävs är tydligen vad jag skulle vilja kalla en ’kritisk pluralism’, dvs en öppenhet för att överpröva givna teorier och berättelser, utan att eftersträva det hägrande – enda – slutgiltiga teoribygget eller yttersta svaret.”

(edelleen Håkan Andersson¹¹⁹)

Seuraavat teesit kiteyttävät näkemykseni siitä, millaista on *hyvä* rikoslainoppi, eli miten rikoslainoppia tulisi harjoittaa. Samalla ne tulevat kääntäen määrittäneeksi käsitykseni kehnosta, tai suoranaisesti huonosta rikoslainopista. Metodisia kysymyksiä hyvästä ja oikeasta tutkimisen tavasta ei voi erottaa kovinkaan selväpiirteisesti tutkimusetiikasta. Näin on uskoakseni erityisesti lainopin kaltaisella tutkimusalalla, jossa tutkimuksen tekoon ei yleensä liity kovinkaan suoranaista vahingon tai kärsimyksen tuottamista vaikkapa tutkimuskohteille. Esimerkiksi lähteiden käyttöön ja viittaamiseen liittyviä kysymyksenasetteluja voi lähestyä niin oikeustieteellisen laadun näkökulmasta kuin tutkimuseettisenäkin kysymyksenä vaikkapa tieteellisestä anastamisesta.¹²⁰ Tutkimuseettiset näkökohdat nousevatkin teesieni osalta toistuvasti esille.

Teesejä on neljä ja ne edustavat (todettakoon tämä nyt vielä kerran) omaa käsitystäni hyvästä lainopista, eivät todellakaan maassamme tällä hetkellä vallitsevaa lainopin harjoittamisen tapaa. Puhtaiden mielipiteiden sijaan kyse on toivoakseni perustelluista sellaisista. Niiden pohjana ovat edelliset pohdintani oikeudesta ja sitä tutkivasta lainopista. Lopulta teesini konkretisoituvat niitä seuraavassa varsinaisessa tutkimuksessani. Tämä kaikki muodostaa kokonaisuuden, josta yhtäkään osaa on vaikea repiä kovin irrallseen muista.

¹¹⁹ Andersson 2000 s. 23.

¹²⁰ Helin 2015 s. 800–804 huomauttaa rajankäynnin tutkimuseettisten ja tieteellisten kysymysten välillä sinällään kuitenkin tärkeäksi, koska rajan käydessä epäselväksi ovat tutkimuseettiset päätöksentekoelementit vaarassa käydä tieteen itsensä korjaavuuden alueella mestariviksi tiedepoliiseiksi. Esim. kysymykset oikeustieteilijän oikeuslähteiden pohjalta tekemistä ”havainnoista” liittyvät kunkin tutkijan omaksumaan oikeuslähteoppiin ja sen laatuun sijoittuen näin ennen kaikkea oikeustieteellisen keskustelun piiriin. Sinällään hyvin heikkolaatuisenkaan oikeustieteen voitaneen tältä osin varsin harvoin ajatella ylittävän kynnyistä, joka perustelisi puuttumisen varsinaisen (virallisen) tutkimuseettisen prosessin keinoin. Itse tieteen ainoa varsinainen sanktio on *tieteellinen kritiikki* (näin esim. Backman 1992 s. 433). Ks. myös Backman 1980, jossa Backman käsittelee tutkijan oikeutta kollegojensa toiminnan kriittiseen tarkasteluun tieteen sisäisessä keskustelussa (”kritiikkioikeus”) – ja myös kääntäen suojautumista perusteetonta, kohtuuttoman ankaraa tai suoranaisen loukkaavaa kritiikkiä vastaan. Backmanin mukaan (r)ikosoikeudellisen arvioinnin kannalta ei voida asettaa samaan asemaan perusteellista, tieteellisesti argumentoitua ja konkreettisesti virheet osoittavaa arvostelua, vaikka se ilmenisikin loukkaavalla tavalla, ja kritiikkiä, jonka perusmotiivina on kritiikin kohteen tieteellisten töiden peruslähtökohtien ymmärtämisen puute yhtyneenä yleisluonteiseen haukkumiseen”. Backman olisikin taipuvainen muotoilemaan kritiikkioikeuden sisällön siten, että ”paremmin ja täsmällisemmin tieteellisen arvioinnin kriteerejä vastaava kritiikki ylittää loukkauskynnyksen suuremmin edellytyksin kuin älyllisesti matalatasoinen sätiminen”. (s. 21, ks. myös s. 26) Backmanin kritiikkioikeudelle muotoilemat raamit jäävätkin hänen tyylilleen uskollisesti melko välikiksi ja näyttäisivät mahdollistavan melko kovanlaisenkin kritisoinnisen – ainakin mikäli sille siis on esittää tieteellisiä perusteita! (ks. erit. s. 25–27)

5.1 TEESI 1: Eklektinen ote ja vertailun merkitys

5.1.1 Eklektiasta

Aulis Aarnio on luonnehtinut erilaisia oikeutta koskevia käsityksiä samaan kohteeseen eri suunnilta kohdistetuiksi valokeiloiksi, joiden yhdistelmä siis paljastaa kohteestaan enemmän kuin mikään niistä yksinään¹²¹. Sama pätee oikeutta koskeviin tutkimuksiin. Erilaisiin näkökulmiin perustuvat tutkimukset paljastavat oikeudesta seikkoja, jotka saattavat jäädä niistä poikkeavista näkökulmista kokonaan havaitsematta. Lienee selvää, että esimerkiksi Ari Hirvonen kykenee oikeuden itsensä kokemusvalmiutta – ”oikeudelle antautumista” – painottavalla oikeusfenomenologisella tutkimusotteellaan¹²² tavoittamaan jotain sellaista, mikä kohteensa tavoiterationaaliseen haltuunottoon ja käsitteelliseen systematisointiin pyrkiviltä tutkimuksilta, kuten vaikkapa Jussi Syrjäsen ratkaisuteorialta, jää tyystin huomiotta. Ja päinvastoin, Syrjäsen systeemiteoriaan pohjaava minimalistinen pragmatismi kykenee osoittamaan seikkoja, joihin fenomenologia ei yllä. Ja edelleen, Minna Gränsin kognitiopsykologiaan nojaava ja siis pohjimmiltaan empiirinen oikeuslähdeopin täydennysyritys kykenee käsittelemään sellaisia oikeudellisen ratkaisutoiminnan tosiasiallisia haasteita, jotka Syrjäsen pohjimmiltaan normatiivisessa teoriassa loistavat poissaolollaan. Ja niin edelleen ja niin edelleen.

Tässä tutkimuksessa omaksuttu pluralismi perustuu ajatukseen tutkimuskohteen eli oikeuden, tai tarkemmin rikosoikeudellisen huolimattomuuden, mahdollisimman monipuolisesta valaisusta. Se merkitsee Paavalin tessalonikalaisille antaman ohjeen seuraamista: ”Koetelkaa kaikkea ja pitäkää se mikä on hyvää.” (1. Tess. 5:21)

Eklektiaan suhtaudutaan usein hyvin varauksellisesti. Asiasta on suomalaisiakin käynyt varoittelemassa muun muassa Bernd Schünemann, joka ymmärtää eklektismillä mitä erilaisimpien arvokäsitysten, metodien, argumentaatiomallien ja kysymyksenasetteluiden värikästä rinnakkainasettelua, joka johtaa lyhytjäteiseen näennäisdoktriiniin (”kurzatmige Scheindoktrin”) sekä retoriseen hajanaisuuteen, jossa operoidaan mistä milloinkin lainailtuja aineksia yhdistelevillä lopulta kuitenkin sisällöttömillä ja kehämäisillä käsitteillä (”rhetorische Kontingenz”). Lopputuloksena on Schünemannin mukaan ”tuloksetonta dogmatiikkaa” (”folgenlose Dogmatik”).¹²³

Schünemannin varoitus on mitä aiheellisin. Käytännössä kaikki rikoslainopille asettamani teesit merkitsevät kamppailua tällaista ”lyhytjännitteistä näennäisyyttä” ja ”retorista hajanaisuutta” vastaan. On selvää, ettei tieteellisessä toiminnassa voi olla kyse erinäisten seikkojen uskottelemisesta lukijalle yhdistelemällä miten sattuu erilaisia kirjoittajan väitteiden puolesta puhuvia argumentteja ja premissejä ja pudotellen samaa tahtia kertomuksesta pois vastakkaisia näkökohtia sekä erilaisia argumentaatioon sisältyviä yhteensopimattomuuksia. Tällainen toimintahan kuulostaa *tiedettä* enemmän *politiikalta* tai vaikka *markkinoinnilta*! Samanaikaisesti on

¹²¹ Aarnio 1989a s. 5.

¹²² Hirvonen 2000 s. 15, jossa Hirvonen toteaa oikeuden systeemin rakentelun muodostavan suoranaisten esteen oikeusfenomenologiselle oikeuden kysymyksen *nöyrälle ihmettelylle*.

¹²³ Schünemann 1995 s. 203 ja 222–223. Teksti perustuu Helsingin ja Lapin yliopistoissa pidettyyn esitelmään (s. 201). Vrt. vaikkapa Utriainen 2017, joka näyttäisi tarkoittavan rikosoikeudellisella eklektismillä kriminaalitieteiden kokonaisuutta, jossa rikosoikeudellinen päätöksenteko perustuu useilta eri tieteenaloilta peräisin olevaan asiantuntemukseen sekä parhaiden mahdollisten metodien ja teorioiden yhdistelemiseen (s. 547). Utriainen puhuu siis eklektismistä eri tieteenalat ylittävänä suuntauksena. Samaa tapaan Määttä 2016, joka suurin piirtein samaa tarkoittaen puhuu ”metodisesta pluralismista” esim. ympäristöoikeuden kaltaiselle luonteeltaan monialaiselle oikeudenalalle ominaisena trendinä, jossa oikeudenalan tutkimus rakentuu monien eri tieteenalojen varaan.

kuitenkin myös selvää, ettei oikeudessa voi olla kyse tietyn ja johdonmukaisen näkökulman varassa tapahtuvasta koherentista väitteiden, argumenttien ja premissien kokonaisuudesta. Oikeus on erottamatta kiinni niin kollektiivisessa yhteiskunnassa kuin yksilöllisemmässäkin ihmiselämässä. Suomalainen yhteiskunta – tai edes lainoppineiden joukko – ei ole koherentti kokonaisuus, vaan sekalainen seurakunta. Ihmiselämä ei noudata ennustettavia, saati ymmärrettäviä lainalaisuuksia, vaan siihen liittyvät käänteet ovat usein yksinkertaisesti kummallisia. Oikeustiede on kahden maailman kansalainen – se on, tai yrittää olla, sekä tiedettä että politiikkaa. Se pyrkii totuuteen, mutta kyseinen totuus asuu lopulta ainakin jossain määrin kuulijakunnan vakuuttuneisuudessa. Se yrittää pukea ennustettavuuden pakkopaitaan jotain, jonka olemuksesta sillä itselläänkään ei ole yksiselitteistä tietoa.

Oikeustieteilemisen tapaan kokevat lähtökohdat pyrkivät tekemään tutkimuksestani mahdollisimman ymmärrettävän ja ennen kaikkea kontrolloitavan. Niiden tarkoitus on auttaa lukijaa ymmärtämään, miksi tutkimukseni on juuri sellainen kuin se on. Tarkoitukseni on perustella tähän liittyviä valintojani ja samalla tarjota lukijalle mahdollisuus kontrolloida tekemisiäni. Todettakoon vielä kerran, että olen käyttänyt viimeiset 10 vuotta elämästäni oikeustieteen – ennen kaikkea rikoslainopin – varsin vakavamieliseen tutkisteluun. En ole tähän päivään mennessä löytänyt yhtäkään laajempaa teoriaa tai ylipäänsä tutkimusta, joka olisi vakuuttanut itseni kauttaaltaan. Enkä näe pienintäkään syytä uskoa, että oma tekeleeni olisi yhdellekään lukijalleni sellainen! Kaino toiveeni on, että tutkimukseni voisi kuitenkin toimia yhtenä monista lukijalle tarjolla olevista valokeiloista rikosoikeuteen ja rikosoikeudelliseen huolimattomuuteen. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että voisin tätä valokeilaani muodostaessani sivuuttaa jo olemassa olevia valokeiloja. Pyrkimykseni ei ole rakentaa mahdollisimman koherentti tutkimus, vaan ymmärtää tutkimuskohdettani mahdollisimman hyvin.

Claes Lernestedt kiteyttää itselleni hyvin tärkeäksi muodostuneen teoksensa *Dit och tillbaka igen* (2010) lopussa pluralistisen otteen seuraavasti:

”Det är, när vi förhåller oss till varierande aspekter av verkligheten, svårt att inta en ‘view from nowhere’. Det bör dock inte vara omöjligt att åtminstone för straffrättens räkning tillskapa ett anständigt ‘manywhere’, befolkat av dig, av mig, och av alla andra också.”¹²⁴

Kyseisessä teoksessa Lernestedt matkaa rikosoikeudessa perinteisesti vallitsevaksi katsomastaan ”klassis-liberaalista” maailmankuvasta siihen kohdistetun kritiikin maailmaan – tarkemmin ottaen yhteiskuntaluokkia, sukupuolta sekä monikulttuurisuutta koskevien rakenteellisten teorioiden pariin. Teos rakentuu näin neljän erilaisen rikosoikeuteen kohdistettavan perspektiivin varaan. Lähtökohtana on yksilöllistä moitittavuutta sekä ennustettavuutta painottava *klassis-liberalistinen perspektiivi*. Tätä peilataan kolmeen rakenteelliseen perspektiiviin, joista ensimmäinen keskittyy siis *yhteiskunnallisiin luokkiin*, toinen *sukupuolten asemaan* ja kolmas *monikulttuurisuuteen*.¹²⁵ Erilaisten perspektiivien välillä liikkuen Lernestedt pyrkii luomaan näiden keskuuteen aidon, ja myös vuorovaikutteisen, keskusteluyhteyden palaten kuitenkin lopulta *takaisin* (vallitsevaan) rikosoikeuteen.¹²⁶

¹²⁴ Lernestedt 2010 s. 301.

¹²⁵ Lernestedt 2010 s. 19 ja 23–25.

¹²⁶ Lernestedt 2010 s. 132 ja 4. kappale, jossa rakenteellis-kriittisiä perspektiivejä sovitetaan rikosoikeuteen. Lernestedt näyttäisi itse puoltavan lopulta jonkinlaista eri perspektiivien koalitiota, jossa yksikään ei saavuta dominoivaa asemaa (s. 252–255).

Lopputuloksena on monella tapaa mielenkiintoinen ja laaja kuvaus paitsi vallitsevasta rikosoikeudesta myös siihen kohdistuvista muutospaineista.

Lernestedtin kanssa hieman samantapaisen matkan on kotimaisen rikosoikeuden saralla suorittanut Ari Hirvonen vuoden 1990 tekstissään *Abolitionismen förförs av det post-moderna. Från subversion till polymorfia (och tillbaka?)*. Myös Hirvonen operoi tekstissään mitä erilaisimmilla rikosoikeuteen suunnattavissa olevilla perspektiiveillä antautuen tosin huomattavasti Lernestedtiä hajanaisempaan esitykseen. Hirvonen neuvookin lukijaansa heti alussa olemaan luottamatta antamiinsa lukuohjeisiin, koska on hukannut itsensä jo heti otsikon avaamaan *polymorfian* kuiluun. Lineaarisen etenemisen sijaan teksti kieppuu (sitä itseäänkin hämmästyttävällä tavalla!) spiraalina, jossa kuvailu vaihtuu ironiaan, käytäntö politiikkaan ja moraali nihilismiin ilman, että kaikkia kortteja paljastettaisiin missään vaiheessa.¹²⁷ Abolitionismi on Hirvoselle yksi kumouksellinen strategia muun ohella marxismin, feminismin tai strukturalismin joukossa¹²⁸. Toisin kuin Lernestedt, Hirvonen ei rakenna esitystään vallitsevan rikosoikeudellisen paradigman varaan, eikä myöskään sellaiseen palaa. Paluu jää otsikonkin tasolla sulkujen ja kysymysmerkin alle.

Niin Lernestedtin kuin Hirvosenkin tekstit edustavat ennakkoluulotonta erilaisten perspektiivien ja näkökulmien välillä liikkumista havainnollistaen samalla tällaisen eklektismin vaaroja – etenkin siihen välttämättä kuuluvaa tinkimistä johdonmukaisuudesta ja koherenssista, sekä myös totunnaudesta. Näkökulman (tai näkökulmien) avartaminen johtaa helposti johonkin sellaiseen, mihin tietyn perspektiivin sisällä operoitaessa ei ole totuttu. Johonkin mikä vaikuttaa sen silmissä kummalliselta, sekavalta, ja luultavasti myös väärältä.

Yritän seuraavaksi sanoittaa tarkemmin, mitä eklektismi itselleni tässä tutkimuksessa tarkoittaa. Todettakoon jo tässä kohdin, että olen valinnut tältä osin nimenomaan Lernestedtin tien; tutkimukseni on lopulta *rikosoikeudellinen*. Se operoi lopulta rikosoikeuden ehdoin ollen kiinnostunut rikosoikeudellisista opeista. Tämä ei kuitenkaan (taaskaan) tarkoita, että rikosoikeudelle vieraammat näkökohdat voisi noin vain sivuuttaa – tai etteikö rikosoikeuden sisälläkin voisi esittää kritiikkiä!

Raamatullisia sanankäänteitä jatkaakseni toivon lukijaltani samanlaista uteliasta avoimuutta, kuin mitä ateenalaiset osoittivat areiopagillaan kouhkaavalle Paavalille – he kuuntelivat mitä muukalaisella oli sanottavaa kysyen: ”Minkähän tiedonjyvän tuokin luulee noukkineensa?” (Ap.t. 17:16–34)

5.1.2 Vertailusta

Lainoppi on hyvin altis tieteenala mitä erilaisimpien trendien leviämislle. Eräs tällainen jo hieman vanhaksi ja nykymaailman silmissä huvittavaksikin käynyt trendi on ”oikeusvertailevien” jaksojen sisällyttäminen mitä erilaisimpiin tutkimuksiin jonkinlaisina tutkimuksen laatua itseisarvoisesti kohottavina seikkoina¹²⁹. Esimerkiksi

¹²⁷ Hirvonen 1990 s. 67–68.

¹²⁸ Hirvonen 1990 s. 71–72 ja 74.

¹²⁹ Ajatus vertailun itseisarvosta käy hyvin ilmi vaikkapa siitä, kuinka vastaväittäjänä toiminut Reino Ellilä toteaa niin arvioimansa Pekka Koskisen väitöskirjan historiallisen kuin oikeusvertailevankin katsauksen voitavan lukea *tekijälleen ansioksi*, vaikkakaan itse *tutkimuskysymysten* kannalta Ellilä kyseenalaistaa jaksoiden koko merkityksen – tai vähintäänkin niiden laajuuden (Ellilä 1973 s. 524). Oikeushistorian ja oikeusvertailun haastavassa maailmassa onnistuneesti liikkuminen osoittaa ilman muuta kyvykkyyttä, mikä ei kuitenkaan välttämättä ole kovinkaan suorassa yhteydessä kulloinkin kyseessä olevan tutkimuksen sisältöön. Ks. myös Röhl 1994 s. 173–174, joka toteaa niin useista seminaaritöistä kuin väitöskirjoistakin tunnistamansa

rikosoikeudellista huolimattomuutta 1990-luvulla tutkinut Ari-Matti Nuutila on sisällyttänyt väitöskirjansa törkeää tuottamusta käsittelevään lukuun sivuille 586–598 rajoittuvan jakson, jonka tavoitteeksi hän kertoo niin anglosaksisten kuin saksalaistenkin törkeää tuottamusta koskevien ratkaisumallien vertailemisen (s. 586). Muuhun tutkimukseen verrattuna hyvin vähäiseen ja pintapuoliseen lähdeaineistoon¹³⁰ perustuva anglosaksisten syyksiluettavuusmallien esitys huipentuu sivun 593 taulukkoon, jossa kaikki suomalaisen, englantilaisen ja yhdysvaltalaisen syyksiluettavuuden eri asteet on pyritty asettamaan toisiaan vastaaviin lokeroihin. Yhteensä 1,5 sivun mittaiseen saksalaisten mallien esitykseen vastaavaa taulukkoa ei ole mukaan edes mahtunut. Lukijalle jää hyvin epäselväksi, miten kyseinen jakso palvelee vaikkapa Nuutilan myöhemmin ehdottamaa tuottamuksen törkeysarvostelun punnintamallia.

Oivana vertailukohtana Nuutilan tutkimukselle toimii Jussi Matikkalan vuoden 2005 *Tahallisuudesta rikosoikeudessa* -väitöskirjaan sisältyvä Nuutilan kanssa pitkälti samoihin maihin kohdistuva, mutta liki 200-sivuinen oikeusvertaileva osio (s. 267–453), jossa vertailun saralla päästään ymmärrettävästi monilta osin huomattavasti Nuutilaa syvemmälle. Tästä huolimatta vastaväittäjä Backman katsoo sinällään erinomaiseksi luonnehtimansa oikeusvertailun jäävän irralliseksi suhteessa Suomen rikosoikeuden kokonaisuudistukseen ja KKO:n käytäntöön¹³¹, jotka Backman katsoo siis juuri kotimaiseen tahallisuuteen kohdistuvan Matikkalan tutkimuksen kannalta hyvinkin keskeisiksi teemoiksi. Edelleen modernimpaa rikosoikeusvertailua edustaa Dan Heliuksen vuoden 2014 väitöskirja *Straffrättslig jurisdiktion*, jota voi *kokonaisuudessaan* luonnehtia oikeusvertailevaksi. Toisin kuin Nuutila tai Matikkala, Helenius ei ole ensisijaisesti kiinnostunut kotimaisesta ”voimassa olevasta oikeudesta”, vaan rikosoikeudellisesta toimivallasta *yleisenä oikeudellisenä ilmiönä*. Niin kotimaisen, ruotsalaisen, tanskalaisen kuin saksalaisenkin järjestelmän välillä suoritettavan ”funktionaalisen oikeusvertailun” kautta Helenius pyrkii luomaan mallin rikosoikeudellisen toimivaltaoikeuden ymmärtämiseksi.¹³²

Tulen omassa tutkimuksessani hyödyntämään kotimaisen rikosoikeuden lisäksi niin muista pohjoismaista, saksalaiselta kielialueelta kuin anglosaksistakin maista peräisin olevaa lähdeaineistoa. Ulkomaisella aineistolla ei ole tutkimuksessani suoranaista itseisarvoa, vaan sitä käytetään yksinomaan suomalaista rikosoikeutta koskevan ymmärryksen syventämiseksi.¹³³ Rikosoikeus on samanaikaisesti

itseisarvoiset historialliset tai ”yhteiskuntatieteelliset” aloitusjaksot struumaan verrattaviksi juridisten opinnäytteiden turhanpäiväisiksi rituaaleiksi, joiden tehtäväksi katsoo lähinnä lievittää kirjoittajaparan tyhjänpaperin kammoa. Röhlin tekstistä välittyvää raivokuutta lisää se, että oikeushistorialla olisi Röhlin mukaan aidosti kulloistakin tutkimusta tukevana seikkana huomioituna myös valtavaa potentiaalia – se, kun on juridisen tiedon kallisarvoinen lähde! Nietzschen sanojen mukaisesti ”kostbarer Erkenntnis-Überfluß und Luxus”.

¹³⁰ Nuutilan englantilaisten ja yhdysvaltaisten syyksiluettavuusmallien esitys perustuu ennen kaikkea kummassakin maassa edellisellä vuosikymmenellä laadittuihin rikoslakiehdotuksiin (Law. Com. No. 177 (1989) ja Model Penal Code (1985)). Sivulla 592 Nuutila kyllä toteaa anglosaksisen syyksiluettavuuskeskustelun ”laajaksi” ja vain lähtökohdiltaan yksimieliseksi. Tästä huolimatta hän viljelee etenkin jakson alkupuolella toistuvasti erinäisiä passiivisia ilmauksia, joiden mukaan ”englantilaisessa” ja ”yhdysvaltalaisessa” rikosoikeudessa ollaan asioista sitä ja tätä mieltä – ilman, että viittaisi kuitenkaan usein yhteenkään kirjoittajaan. Jokainen anglosaksista rikosoikeutta vähääkään ymmärtävä tietää, kuinka petollista sitä on lähestyä yksinomaan lainsäädäntöehdotusten ja (vieläpä vähäisten) kirjallisuuslähteiden varassa sivuuttaen samalla etenkin oikeuskäytännön rooli liki kokonaan. Todettakoon, että 1,5 sivun mittaisen saksalaista törkeää huolimattomuutta käsittelevän osion (s. 597–598) aikana Nuutila ehti sen sijaan viitata vuoden 1962 rikoslakiehdotuksen (Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962) lisäksi yhteensä 7 eri kirjoittajaan.

¹³¹ Backman 2006 s. 112 ja 115–116.

¹³² Helenius 2014 s. 15–16.

¹³³ Esim. Husa 2010 s. 709, 713 ja 717 erottaa ”vertailullisesti vaativan ja vaatimattomamman” oikeustieteilyn, joista jälkimmäisessä on kyse lainoittavasti järkevistä ja myös perinteisestä pyrkimyksistä käyttää oikeusvertailua ”tutkimusta rikastavana metodina”. Ks. myös Husa 2013 s. 126–134, jonka terminologian mukaisesti voisi monin paikoin puhua ”multilateraalisen ensisijassa käytetystä mikrovertailusta”, jossa tarkastellaan siis tietyn oikeudellisen institution (rikosoikeudellisen huolimattomuuden) nykytilaa useamman eri oikeusjärjestelmän välillä. Esim. Liukkonen 2012 s. 165 puhuu

leimallisen kansallinen ja kansainvälinen oikeudenala. Yhtäältä rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sitoo rikosvastuun tarkastelun nimenomaan kotimaisiin tunnusmerkistöihin ja lainsäädäntöön ylipäänsä. Toisaalta käytännössä kaikki rikosoikeudelliset kysymykset palautuvat lopulta vastuuta inhimillisestä toiminnasta koskeviin ongelmiin, jotka ovat hyvin samanlaisia vähintäänkin kaikissa länsimaisen kulttuurin rikosoikeusjärjestelmissä. Niin muissa pohjoismaissa kuin saksalaisella ja englanninkieliselläkin kielialueella kipuillaan pohjimmiltaan samojen vastuuopillisten kysymysten parissa. Olennaisena erona kotimaiseen keskusteluun on monesti lähinnä se, että siinä missä Suomessa rikosoikeudellisen vastuuopin kanssa askartelevat tutkijat ovat laskettavissa kahden käden sormilla, on heitä pelkästään Saksassa noin kymmenkertainen määrä. Ulkomaiseen keskusteluun tutustuminen avaa puhtaasti kotimaisesta rikosoikeudestakin kiinnostuneelle tutkimukselle näkökulmia kysymyksenasetteluihin, joita ei Suomessa ole kukaan ehtinyt ainakaan viimeisten vuosikymmenten aikana kovinkaan syvällisesti edes ajatella¹³⁴!

Tämä tutkimus ei siis ole oikeusvertaileva siinä mielessä, että ulkomaisiin ajatuksiin tutustumisella – saati niiden varsinaisella vertailulla – olisi suoranaista itseisarvoa. Sen sijaan ne asetetaan palvelemaan kotimaista rikosoikeutta ja rikosoikeudellista huolimattomuutta koskevaa ymmärrystä. Uskon perehtyneeni niin pohjoismaalaiseen, saksalaiseen kuin anglosaksiseenkin rikosoikeuteen siinä määrin, että voin turvallisesti mielin todeta, ettei minulla ole minkäänlaista kompetenssia toimia ”saksalaisen/englantilaisen/yhdysvaltalaisen tai muun ulkomaisen rikosoikeuden” varsinaisena asiantuntijana. En yksinkertaisesti hallitse kyseisiä rikosoikeusjärjestelmiä riittävän laaja-alaisesti ja syvällisesti. Tässä tutkimuksessa esittämäni argumentit perustuvat sen sijaan enemmän tai vähemmän irrallisiin kyseisiä rikosoikeusjärjestelmiä koskeviin näkemyksiin. Niistä kaikki ovat nähdäkseni *riittävästi* perusteltuja – riittävyden riippuessa tietysti siitä, mitä niillä kulloinkin yritän sanoa. Tältä osin pidän ratkaisevan tärkeänä sitä, etteivät väittämäni jää (ainakaan pelkiksi) passiivissa kirjoitetuiksi toteamuksiksi siitä, mitä ”saksalaisessa/ruotsalaisessa jne. rikosoikeudessa tehdään ja ajatellaan”. Eklektikko ymmärtää, että ajattelijoina on usein monia ja että nämä ovat harvoin tismalleen yksimielisiä¹³⁵.

”arkipäivän vertailusta” (vardagskomparatism), jolla hän viittaa juuri ulkomaisen oikeuden rooliin vain kotimaisen oikeuden ymmärtämistä palvelevana näkökulmana. Kyse on tavallaan ulkomaisen oikeuden ”konsultoinnista”, jota kautta voidaan löytää erilaisia lähtökohtia omalle analyysille (näin esim. saksalaisen rikosoikeuden osalta Ulväng 2016 s. 200). Vrt. tavasta ymmärtää vertailu hyvin suppeasti esim. Koistinen 2017, jonka venäläisen rikosoikeusjärjestelmän liukukuminen yhä kauemmas ihmisoikeuksista ja oikeusvaltioperiaatteesta saa kysymään *kannattaako* venäläisen ja suomalaisen rikosoikeuden vertailu enää lainkaan. Syynä on se, että Koistinen katsoo erilaistumisen vaikeuttavan ”pätevien tulosten” (giltiga resultat) saavuttamista vertailun osalta. (erit. s. 497–500 ja 509) Valitettavasti Koistinen ei nimenomaisesti määrittele, mitä hän tuloksilla ja niiden pätevytydellä oikein tarkoittaa. Tekstin perusteella ne liittyvät ennen kaikkea hyvin käytännöllisiin päämääriin esim. Suomen ja Venäjän välisen oikeusavun ja rajat ylittävän rikollisuuden torjunnan suhteen. Koistinen toteakin vertailun kannattavan edelleen, koska venäläisestä oikeusjärjestelmästä ja sen eroista länsimaisiin järjestelmiin yhä edelleen tarvitaan tietoa ja ymmärrystä. Jo ajatus siitä, että vertailun mielekkyys jotenkin vaarantuisi vertailun kohteiden erilaisuuden johdosta edustaa hyvin erilaista näkemystä kuin minkä olen omassa tutkimuksessani omaksunut. Vertailu voi tämän johdosta olla toki tiettyssä mielessä *vaikeampaa*, mutta kysymys siitä, *kannattaako* vertailu on jo itsessään absurdi. Esim. Hahto 2001 s. 1306 pitää päinvastaisesti vaikkapa vain pohjoismaihin ja saksalaiseen kielialueeseen rajoittuvan vertailevan aineiston eroavuuksia liian pieninä; ratkaisumallit jäävät usein niin lähelle toisiaan, ettei itseymmärrys vertailun kautta merkittävästi parane.

¹³⁴ ”Straffrättsdogmatiska ökenvandringar brukar kunna välsignas av tyska oaser.” (Jareborg 1992 s. 180) Ks. myös Frände 2004 s. 100, joka kertoo löytäneensä saksalaisesta kirjamerestä ”ett slags Edens lustgård”.

¹³⁵ Esim. Helenius 2014 s. 18 toteaa rehellisesti käsittelemäänsä aihepiiriä koskevaa saksalaista kirjallisuutta olevan aivan liian paljon, jotta hän olisi voinut kaikkien perehtyä. Helenius kertookin käyttäneensä tutkimuksessaan ennen kaikkea kahdeksaa yleisesitystä ja mahdollisuuksien rajoissa tarpeelliseksi katsomaansa spesifimpää kirjallisuutta sekä oikeuskäytäntöä ”valituin osin”. Helenius muistuttaa oikeustieteellisen tutkimuksen edellyttävän jatkuvia kontekstisidonnaisia valintoja vedoten lopulta ”rationaaliseen argumentaatioon” sekä ”kunniallisuuteen”. Samaan tapaan Koskinen 1973 s. 28–29 puhuu saksalaiseen materiaaliin tehtävistä konkurssiopillisista löytöretkistä, jotka tarjoavat suomalaiselle tutkijalle koskaan ehtymättömän lähteen. Koskinen itse toteaa konkurssiopista kirjoitetun Saksassa ”aivan tavattoman paljon” ja nostaa ”ehdottomaksi päällelhtekseen” yksittäisen laajan ja suhteellisen tuoreen monografian.

Erilaisten asioiden vertailu on perustavanlaatuinen tapa ymmärtää maailmaa¹³⁶. Lienee ylipäänsä mahdotonta edes ajatella vaikkapa hyvää ilman pahaa, pitkää ilman pätkeä tai huolimattomuutta ilman huolellista. Vasta erilaisten vaihtoehtojen näkeminen antaa perspektiiviä vaikkapa kotimaiseen rikosoikeuteen ja avaa tätä kautta aidon mahdollisuuden myös kriittiselle arvioinnille¹³⁷. Vertailu on erottamaton osa eklektistä lähestymistapaa. Se merkitsee ennakkoluulotonta katseen nostamista tutun ja turvallisen ulkopuolelle. Vertailua ei olekaan mitään syytä ymmärtää yksinomaan erilaisiin *kansallisiin oikeusjärjestelmiin* rajoittuvaksi. Eklektinen ennakkoluulottomuus auttaa näkemään mitä erilaisimpia vertailukohtia joka puolella. Erimaalaisten oikeusjärjestelmien ohella myös eri *oikeudenalat* työskentelevät monilta osin hyvin samantyyppisten ongelmien parissa tarjoten erilaisia näkökulmia toinen toistensa paremmaksi ymmärrykseksi. Esimerkiksi huolimattomuus tai tuottamus ovat rikosoikeuden ohella olennaisia teemoja myös vahingonkorvausoikeudessa, vakuutus oikeudessa ja vero-oikeudessa. *Historia* tarjoaa loputtoman mitä erilaisimpien näkökulmien kavalkadin, tarvittaessa vieläpä saman kansallisen oikeusjärjestelmän ja oikeudenalan sisällä – niin pitkälle kuin ajassa taaksepäin siirryttäessä on enää tarkoituksenmukaista puhua ”kansallisista oikeusjärjestelmistä” tai itse mistäkin ”oikeudenalasta”. Lopulta myös eri *kirjoittajien* tuottamat tekstit ja ylipäänsä ajatukset ovat miellellävissä nimenomaan vertailua edellyttäviksi tutkimuskohteiksi.¹³⁸ Hyödyntäessäni tutkimuksessani Sakari Melanderin, Kimmo Nuotion tai Dan Fränden ajatuksia olen pitkälti tismalleen samanlaisten ongelmien äärellä kuin saksalaisen, ruotsalaisen, vahingonkorvausoikeudellisen tai 1970-luvun ajattelun kanssa operoیدessani. Heidän ajatuksensa eivät yksinkertaisesti ole samanlaisia – eivät keskenään, eivätkä suhteessa omaan ajatteluuni. Heidän oikeudellinen argumentaationsa pohjautuu lopulta hyvin erilaisiin taustaoletuksiin, mistä konkreettisin esimerkki on se, että jokainen on tähän päivään mennessä tuottanut hyvin erilaista oikeudellista tutkimusta hyvin erilaisista aiheista. Se, *kuinka suurista eroista on kyse*, riippuu tietysti näkökulmasta. Riittävän kaukaa – vaikkapa Aasiasta tai niin sanottujen ”kovien” tieteenalojen maailmasta – katsottuna kaikki edellä mainitut kirjoittajat voi nähdä hyvin homogeeniseksi joukoksi suomalaisia rikosoikeustieteilijöitä, jotka askartelevat samalla tavoin samanlaisten

¹³⁶ Esim. Fletcher 2002 s. 291 tunnustaa suoraan kyvyttömyytensä ylipäänsä ajatella ilman vertailevaa metodia. Lisäksi Fletcher toteaa erilaisten aineellisten rikosoikeusjärjestelmien välillä olevan paljon enemmän yhteistä kuin mitä yleisesti ehkä luullaan. Näiden yhtäläisyyksien löytäminen tosin edellyttää askelta yksityiskohtien ja säännösten kielellisten variaatioiden yläpuolelle. (Fletcher 1998b s. 285) Ks. myös Tontti 2002 s. 279–280, joka toteaa kaiken käytännöllisen inhimillisen ajattelun (oikeudellinen päätöksenteko mukaan lukien) perustuvan deduktion tai induktion sijaan analogiaan; yhtäläisyyksien ja erojen löytämiseen ja konstruointiin. Aivan samaan tapaan analogian merkitystä erilaisten ilmiöiden ymmärtämisessä ja selittämässä korostaa kognitiopsykologian nojaava Gräns 2013 s. 144–145. Gränsin mukaan oikeudellinen analogia ei ole yksinomaan looginen tai rationaalinen lopputulema, vaan sisältää myös kohtuusperusteista hyväksyntää (s. 150).

¹³⁷ Esim. Hahto 2004 s. 23 toteaa vieraaseen oikeusjärjestelmään tutustumisen antavan etäisyyttä omaan järjestelmään ja avaavan mahdollisuuden niin uudenaikaisille ajatuksille, argumenteille kuin ylipäänsä kritiikillekin. Kritiikin ja itseymmärryksen mahdollistavasta katseen nostamisesta ks. myös Helenius 2014 s. 12–13, joka toteaa suoraan, ettei rikosoikeusdogmatiikka yksinkertaisesti voi rajoittua yksinomaan kansallisiin oikeuslähteisiin. Backmanille 1992 s. 380 kansainvälisen ulottuvuuden täysin sivuuttava oikeustieteellinen tutkimus ei ole tutkimusta lainkaan. Hahto 2001 s. 1296–1299 erittelee kolme nimenomaan rikosoikeudellista erityispiirrettä, jotka korostavan vertailun merkitystä: 1) ratkaisua vaativat oikeusongelmat ovat eri maissa varsin samankaltaisia, 2) ongelmien läheinen yhteys filosofiseen ja teoreettiseen keskusteluun nostaa helposti tarkastelun abstraktiotasoa sekä 3) rikosoikeuden korostunut ”perusoikeusherkkyys”. Lisäksi s. 1303 Hahto tuo esiin ajatuksen, jonka mukaan eri tulkintavaihtoehtojen kriittinen lähestyminen tarkoituksena ”parhaan mahdollisen tulkinnan löytämiseksi” avaa lähteidenkäytön vapaammaksi. Esim. Kolehmainen 2018 s. 116 katsoo, että lakimiehen olisi tunnettava länsimaisten käsitysten ohella myös ainakin *keskeisimmät käsitykset*, joita emme (länsimaissa) noudata. Muuten hän ei näet voi ymmärtää, millaisten perusajatuksen varaan länsimaissa vakiintunut oikeusajattelu nojaa. Itselleni tärkeä väline oman säälittävän asiaa koskevan perusnäkemykseni hankkimiseksi on ollut H. Patrick Glennin opus *Legal Traditions of the World* (2014), ja myös Ditlev Tammin sekä Pia Letto-Vanamon huomattavasti vielä edellistäkin kevyempi opus *Oikeuden maailma* (2015), miksei myös Heikki Mattilan *Vertaileva oikeuslingvistiikka* (2002).

¹³⁸ Oikeusvertailusta ”laajassa” mielessä puhuvat mm. Hahto 2001 ja Asp 2004, joista jälkimmäinen nostaa vertailun kohteiksi eri oikeudenalojen ja oikeushistoriallisten näkökulmien lisäksi myös vallitsevan ja mahdollisen oikeuden sekä oikeuden ja kokonaan sen ulkopuoliset (esim. moraaliset) näkökulmat. Nimenomaan eri maiden rikosoikeusjärjestelmien vertaamisesta suppeammassa mielessä ks. jo aiemmin mainittujen lisäksi Klami 2000 s. 39–46.

ongelmien kanssa. Vaikka näkökulma rajattaisiin ”turkulaiseen rikoslainoppiin”, voitaisiin ihan perustellusti vieläkin puhua helsinkiläisten rikoslainoppineiden pitkälti samansuuntaisista ajatuksista. Vielä Melanderin, Nuotion kuin Frändenkin tuotantoa suurella tarkkuudella syvälukenut tarkastelijakin voi – edelleen ihan perustellusti – todeta heidän ajattelunsa olevan monilta osin lähellä toisiaan. Aivan yhtä perustellusti syvälukija voisi kuitenkin myös todeta heidän välillään ilmenevän paikoin aivan perustavanlaatuisia eroja. Mitä syvemmin erilaisia ajatuksia tuntee, sitä enemmän niiden kanssa operoimiseen avautuu liikkumavaraa¹³⁹. Juuri tässä piilee eklektismin mahdollisuus ja vaara. Uskon, että nimenomaan eklektia avaa mahdollisuuden oikeuden syvälliselle ymmärtämiselle – aivan samoin kuin sen tarkoitushakuiselle vääristelylle sekä täysin tiedostamattomallekin hölmöilylle.

Havainnollisena esimerkkinä niin syvällisen ymmärryksen tavoittelusta kuin hölmöilystäkin käy Juha-Pekka Renton ja Panu Minkkisen Lakimieslehden sivuilla käymä rangaistusteoreettinen keskustelu¹⁴⁰. Olennaiseksi teemaksi keskustelussa kiteytyi lopulta se, onko Renton syytä esittää Tuomas Akvinolaisen filosofiaan perustuvia rangaistusteoreettisia ajatuksia 1990-luvun Suomessa. Minkkinen muistuttaa, ettei Akvinolainen voinut nähdä eikä edes ennakoida sitä julmuuden maailmaa, jossa nyky-Suomessa eletään. Tämän johdosta Akvinolaisen ajatusten transponointi 1990-luvulle on Minkkisen mukaan kovin arveluttavaa. Minkkinen uskookin, ettei Akvinolainen olisi mennyt esittämään rikolliseen kohdistettua väkivaltaa tarkoituksellisenä hyväntekeväisyytenä, jos olisi kyennyt nyky-Suomen tilanteen näkemään.¹⁴¹ Rentto ei tyydy tukeutumaan aikamatkustaja-Akvinolaisen edesottamuksiin kohdistuviin spekulatioihin, vaan vaatimattomammin ihan vain omiin ajatuksiinsa. Hän huomauttaa, etteivät kuolleitten henkilöiden kuolleilla kielillä esittämien näkemysten pohjalta vaikkapa 1990-luvun Suomessa muodostetut ajatukset ole koskaan olleet vanhoja, vaan *uusia* – ja esimerkiksi Minkkisen reaktio huomioiden myös mitä suurimmassa määrin *vieraita* ja suorastaan *sopimattomia*. Rentolle toisen esittämien ajatusten hylättävyyden perustelevien ajatusten taustalla vallitsevien ajatusmallien ”aikansa eläneisyydellä” tai ”keskiaikaisuudella” on selvä merkki arvostelijan omien argumenttien tyrehtymisestä. Samalla Rentto toteaa mahdottomaksi kommentissaan osoittaa, miksi tässä tapauksessa 700 vuotta vanhat pimeällä keskiajalla latinaksi kirjoitetut (ja edelleen pitkälti 2000 vuotta vanhoihin ajatuksiin perustuvat) ajatukset olisivat nyky-Suomessa merkityksellisiä ja ajankohtaisia.¹⁴²

¹³⁹ *Syvällisyyttä* painottavan oikeusvertailun piirissä on puhuttu erilaisten oikeusjärjestysten erilaisesta *traditiosta* (Patrick Glenn), *ilmastosta* (Stig Strömholm) ja *tyylistä* (Konrad Zweigert ja Hein Kötz) tarkoituksena kuvata sitä, kuinka kyse on lukuisiin erilaisiin osiin palautuvista holistisista ja siis kokonaisvaltaisista omalaatuisuuksista (esim. historiallinen kehitys, ominainen ajattelutapa, oikeudelliset tyyppi-instituutiot, oikeuslähteet ja ideologiat). Taustalla on oikeuden mieltäminen kompleksisena kulttuurisena ja kerroksisena järjestelmänä, joka siis koostuu paljosta muustakin kuin vaikkapa säädöksistä, ennakkotapauksista ja instituutioista. On ymmärrettävää, että tämän kaltainen ajattelu näkee vaikkapa ns. oikeudellisissa siirännäisissä (legal transplants) mitä erilaisimpia ongelmakohtia – ehkä jopa siinä määrin, että siirännäisten sijaan olisi syytä puhua Gunther Teubnerin tavoin oikeudellisista *ärsykkeistä* (legal irritants). (Ks. Husa 2004 s. 190–194, joka kuvaa oikeudellisten ajatusten siirtelyn monimutkaisuutta vertaamalla koko verenkierrojärjestelmän siirtoa lego-palikoiden siirtelyyn (s. 212)).

¹⁴⁰ Lähtöpunktteenä oli Minkkisen artikkeli (Minkkinen 1992), johon Rentto kirjoitti kommentin (Rentto 1992b), johon Minkkinen edelleen vastasi (Minkkinen 1993), johon Rentto vielä vastasi (Rentto 1993).

¹⁴¹ Minkkinen 1993 s. 49.

¹⁴² Rentto 1993 s. 406–407. Aivan samaan tapaan esim. Nuotio toteaa väitöskirjassaan, että kuvaamalla tiettyjä ilmiöitä tietyllä tavalla synnytetään samalla jotain *uutta* – uusi tulkinta (Nuotio 1998 s. 12). Uskoakseni edelleen Renton ja Nuotion linjoilla on myös Michael Pawlik, joka jo edellä mainitiin tavoin totesi menneen kuolleenä pitämisen ja vain nykyisyyteen keskittymisen osoittavan lähinnä itsekorostusta (Pawlik 2012 s. 20). Ehkä Renton ja Minkkisen erimielisyyttä voi selittää se, että Rentto

Renton ja Minkkisen ajatustenvaihtoon kiteytyy kaikki olennainen, mitä haluan vertailun osalta sanoa. Itselleen vieraiden ja mahdollisesti hyvinkin epämiellyttävien ajatusten sivuuttaminen ”aikansa eläneinä” on oikeustieteelliselle keskustelulle ominaista hölmöilyä paitsi pahimmillaan myös tyypillisimmillään. Rikosoikeuden rangaistusteoreettisesta perustasta kiinnostuneen ei kannata suunnata huomiotaan niinkään siihen, millä kielillä mitään ajatuksia on milloinkin esitetty tai mitä vaikkapa Minkkinen sattuu kuvittelemaan Akvinolaisen nyky-Suomesta tuumivan. Sen sijaan olisi syytä olla kiinnostunut jostain, mitä kumpikaan ei kommenttiansa kommenteissa enää tee: erilaisia rangaistusteoreettisia näkemyksiä koskevasta argumentaatiosta. Jos haluaa sivuuttaa vaikkapa Akvinolaisen rangaistusfilosofian ”aikansa eläneenä”, on perusteltava, miksi näin on. Aivan samoin kuin on perusteltava tällaisen rangaistusfilosofian varaan rakentaminenkin. Tämä ei ole helppoa, eikä Renton toteaman mukaisesti onnistu 3-sivuisessa kommentin kommentin kommentissa. Vertailu avaa aidosti uusia näkökulmia. Sen harrastaminen on kuitenkin vaikeaa ja vaaroille altista.¹⁴³

Huvittavana anekdoottina voidaan todeta, ettei ajatus rangaistuksesta tavoitteellisena rikoksentekijään kohdistuvana hyväntekemisenä enää 2000-luvun alun kotimaisessa rikosoikeustieteessä näyttäytynytäkään täysin vieraana. Esimerkiksi Matti Tolvanen on puhunut ”sovitusajattelun uudesta tulemisesta” viitaten ennen kaikkea brittifilosofi R. A. Duffin *kommunikatiiviseen* rangaistusteoriaan, jossa olennaista on yhteiskunnan rikoksentekijään suuntaama paheksunta, jolla tavoitellaan rikoksentekijän itsensä osalta tekemistensä moitittavuuden tunnustamista, katumusta sekä lopulta tekijästä itsestään kumpuavaa uudistumista. Toisin sanottuna rikoksentekijän näkemistä paitsi moraalisesti vastuunalaisena myös valintoihin kykenevänä ja kaikkien muiden (myös rankaisijoiden) kanssa yhdenvertaisena subjektina, jota rangaistus auttaa tulemaan paremmaksi ihmiseksi.¹⁴⁴ Myös Johan Boucht on

näyttäisi tapansa mukaan (ks. erit. Rentto 1992a s. 7–8) harjoittavan loppujen lopuksi ajatonta, tilatonta ja universaalista totuuden etsintää (eli filosofiaa), jossa muun ohella kieli- ja aikamuurit saavat väistyä totuuden hapuilemisen tieltä. Minkkinen on ehkä tässä kohdin kiinnostuneempi ”voimassa olevasta oikeudesta” – käsittäen sen siis kaikei perustavalla tavalla joksikin muuksi kuin Rentto...

¹⁴³ Ks. myös Hannu Tolonen 1984 s. 84, jossa Tolonen yrittää erikseen selittää, ettei Tuomas Akvinolaisen yksi- ja moniavioisuutta koskevia ajatuskulkuja ole syytä sivuuttaa teologisen ajatusyhteyden johdosta. Teologinen ajatusyhteys kun on suhteellisen tavallinen keskiajan kulttuurihistoriallinen ilmiö, mikä ei kuitenkaan poista argumentaation filosofis-teoreettista merkitystä – etenkin jos uskoo Tolosen väitteen siitä, että aristoteli(s-tomisti)nen luonnonoikeusteoria edustaa yhä edelleen ylittämätöntä teoriaa ja ajatusmallia koskien Tolosen tutkimuksen keskiössä olevaa kysymystä *pitämisen* johtamisesta *olemisesta* (s. 80). Tämä ei tietyistään muuta sitä, että Akvinolaisen kirjoituksia lukiessa on muistettava tämän rooli katolisen kirkon ”enkelisenä tohtorina”, jonka keskeisenä tavoitteena lienee ihan perusteltua pitää varhaiskristillisen tradition harmonisointi. Tolonen itse toteaa nimenomaisesti, ettei Akvinolainen hänen tutkimuksessaan ole uustomistien erehtymätön *Doctor angelicus*, vaan ”osin uusplatonismista vaikutteita saanut aristotelisen ajatustradition nerokas ja keskiaikaisissa oloissa omaperäinen kehittäjä”. (s. 198–200) On hämmäntävää, että tällaisia itsestäänselvyyksiä täytyy kerta toisensa jälkeen selitellä. Hämmästyttävää on lisäksi se, että selittäjän osaan tuntuvat päätyvän kerta toisensa jälkeen Akvinolaisen ajatteluun vetoavat. Sen sijaan vaikkapa Aristoteleesta tai Platonista kiinnostuneen tieteilijän ei juuri tarvitse selitellä, miksi muun ohella erinäisistä antiikin kreikan jumaluuksista alituisesti puhuvien ajattelijoiden opit häntä kiinnostavat. Ja miksi täytyisikään. Jos kuulija epäilee näiden jumaluuksien (tai niiden sivuuttamisen) rapauttavan argumentaatiota, on tietysti kerrottava miksi ja missä kohdin näin käy! Aivan kuten vaikkapa Tolosen vastaväittäjänä toiminut Hannu Tapani Klami 1985 s. 261 ja 267–270 tekee kyseenalaistaessaan Tolosen ajatuksen siitä, että keskiajan auktorien ajattelua voisi ymmärtää erillään *teologiasta*, kaikkivaltiaasta Jumalasta tai kirkkopoliitiikasta. Tämän Klami toteaa nimenomaisesti painavimmaksi varaukseksi Tolosen tutkimukseen.

¹⁴⁴ Tolvanen 2006 s. 567–568 ja 576–579 sekä Tolvanen 2009 s. 365–367. Todettakoon, että Tolvanen itse pyrkii yhteensovittamaan edellisen sovitusajattelun rankaisemisen yleispreventiivisiin lähtökohtiin ja siis osoittamaan, että kyse on vaihtoehtojen sijaan toisiaan täydentävistä näkökannoista (Tolvanen 2006 s. 579). Tämä tosin jää lähinnä sovitteluinstituution ja siihen liittyvien luottamuksen ja vuorovaikutuksen teemojen käsittelyn varaan (s. 582–585). Tolvanen näyttääkin lopulta jäävän varsin kauas Duffin teoriasta. On vaikea nähdä, miten rikoksentekijä kohtaisi sovittelussa yhteiskunnan paheksunnan. Sovittelun ajatuksenahan on pitää yhteiskunnan jäsenytyneet instituutit poissa yksityishenkilöiden välisestä konfliktista. Ks. esim. Boucht

käsitellyt Duffin kommunikatiivista teoriaa uudenaikaisena vaihtoehtona perinteisille rangaistusteoreettisille malleille, sekä jonkinlaisena avauksena parempaan – tai edes tuoreeseen – diskurssiin¹⁴⁵. Samoin Sakari Melander ja Merita Kettunen nostavat kommunikatiiviset rangaistusteoriat omissa kriminalisointiteorioissaan uudenaikaiseksi ”kolmanneksi linjaksi” perinteisten preventiivisten ja retributiivisten teorioiden välille¹⁴⁶. Ajatus rikoksenteikijän auttamisesta on vahvasti läsnä myös vaikkapa niin sanotussa nuorisorikosoikeudessa, joka Suomessakin on jossain määrin eriytynyt ”tavallisesta” rikosoikeudesta¹⁴⁷.

Vaikka Duffin ja Akvinolaisen rangaistusteoreettisten ajatusten välillä on (tietysti!) myös olennaisia eroja¹⁴⁸, yhdistää niitä ilman muuta ajatus rankaisemisesta niin yhteiskunnan kuin lopulta rikoksenteikijänkin kannalta hyvänä toimena, joka kannustaa rikoksenteikijää muuttamaan itse itseään paremmaksi. Keskiaikaisen kirkonmiehen suusta tällainen tosin saattaa kuulostaa pikemminkin ”vaaralliselta tekijärikosoikeudelta” – muodikkaan brittifilosofin sanomiset näyttäytyvät puolestaan helpommin ”uudenaikaisena ja oivaltavana kolmantena tienä”...¹⁴⁹

Juristin ainoaksi työkaluksikin tituleerattu *kieli* toimii mitä mainioimpana näkökulmana lukuisiin oikeuden maailman ominaispiirteisiin – myös edellä käsittelemiini vertailun ongelmiin. Kieli on yhteisöllinen ilmiö, joka rakentuu mitä moninaisimpien kollektiivisten sitoumusten varaan. Ajatusten välittäminen kieleltä toiselle ei ole useinkaan kovin helppo tehtävä – etenkin, jos kyse on oikeutta koskevista niin ikään mitä moninaisimpien sekä yksilöllisten että yhteisöllisten sitoumusten varaan rakentuvista ajatuksista. ”*Le vrai problème n'est pas tant le bilinguisme que le bijuridisme.*” Oikeuden maailmassa varsinaiset käännösongelmat eivät välttämättä liity vain kieleen, vaan itse ajattelun tapoihin.¹⁵⁰ Ja erilaisia ajattelun

2005 s. 137–138, joka toteaa Duffin teorian edellyttävän, ettei sovittelu jää vain tekijän ja uhrin väliseksi asiaksi, vaan mukaan on tuotava jollain tapaa yhteiskunnallinen valvonta.

¹⁴⁵ Boucht 2005 s. 131–143.

¹⁴⁶ Melander 2008a s. 184 ja Kettunen 2015 s. 63–64.

¹⁴⁷ Ks. esim. Marttunen 2013 s. 130, joka toteaa erityispreventiivisten näkökohtien saavan yhä enenevässä määrin painoarvoa nuorten rikosoikeudellisessa rangaistusjärjestelmässä. Marttusen käsityksen mukaan nuoriin rikoksenteikijöihin kohdistuvan sääntelyn ”vaikutavuus” ei perustu niinkään pelotevaikutukseen tai uusintarikollisuuden vähentämiseen, vaan ”sosiaalisiiin näkökohtiin”, joilla hän näyttäisi ymmärtävän ennen kaikkea nuorten auttamista ja tukemista.

¹⁴⁸ Esim. Duff itse sanoutuu nimenomaisesti irti hyveoikeustieteellisestä (”virtue jurisprudence”) trendistä sekä aristotelisen hyveteorian asettamisesta jonkinlaiseksi rikosoikeuden suureksi taustateorian (, vaikkakin toteaa sen moraalien saralla ehkä hyvinkin selitysvomaiseksi, ja rikosoikeudenkin osalta *paikoin* sovelluskelpoiseksi). Syynä tälle irtiotolle näyttäisi olevan lopulta se, etteivät hyveteoriat kykene Duffin mukaan osoittamaan ”hyveille” tai ”paheille” rikosoikeuden näkökulmasta riittävän täsmällistä sisältöä. (Duff 2002) Duffin mainitseman (amerikkalaisen) ”hyveoikeustieteellisen trendin” osalta ks. Solum 1988, johon Duff siis tältä osin viittaa, mutta jossa tosin käsitellään vain hyvin rajattua kysymystä ylempien oikeusasteiden tuomareiden valintakriteereistä – joiden osalta Solum siis painottaa ”juridisia hyveitä” (*judicial intelligence, judicial integrity, judicial wisdom* sekä ylipäinsä *the virtue of justice*). Solumin ajatuksena on, että hyve-etiikka tarjoaa seuraus- ja deontologista etiikkaa paremman näkökulman ymmärtää intuitiotamme siitä, mitä merkitsee olla hyvä tuomari (s. 1738). Mielenkiintoisena vertailukohtana ks. Aarnion 2014 s. 269–289 esitys (hyvästä) tuomariudesta.

¹⁴⁹ Todettakoon, että huvittavaan anekdoottiin sisältyy kuolemanvakava epäily siitä, että kotimainen oikeusfilosofiamme ja -teoriamme tulee vielä katumaan historian armoittoman tuomarin edessä Juha-Pekka Renton oikeusfilosofian (Rentto 1988 ja 1992a) sivuuttamista ilman käytännössä minkäänlaista keskustelua.

¹⁵⁰ Mattila 2002a s. 512. Lainausta on Philippe Rémyltä. Esim. rajan vetäminen yhtäältä oikeuskieltä koskevien oikeuslingvististen ja toisaalta oikeusteoreettisten (tai oikeusfilosofisten) kirjoitusten välillä on vaikeaa, jollei suorastaan mahdotonta. Osaltaan tätä korostaa vielä kielifilosofian suomalaisessa oikeusteoriassa nauttima vahva asema. (Mattila 2002b s. 1109–1110) Olennaista lienee tältä osin myös kieleltä toiselle kääntämisen muutos yhä ammatillisemmaksi ja omaa käännösteoriaa hyödyntäväksi käännöstieteeksi (*Übersetzungswissenschaft*-kehityksestä ks. esim. Galdia 2003). Paso 2009 s. 17–18 tosin hämmästelee siitä, miten hitaasti juristit ovat havahtuneet kielen merkitykseen työvälineenään – tieteen maailmassa yleisesti vaikuttaneesta ns. lingvistikasta käänteestä huolimatta! Paso itse katsoo juristin tärkeimmäksi työkaluksi *oikeudellisen ajattelun* ja sen myötä seuraavan analysointi- ja argumentointitaidon. Kielen merkityksestä oikeusvertailussa ks. myös esim. Tamm-Letto-Vanamo 2015 s. 3, 27 ja 126 sekä Mattila 2016 s. 855. Kääntämisestä kiinnostuneen on syytä katsoa myös Juva 2019, joka tarjoaa arvokasta vastapainoa ajatuksen kääntämisen jonkinlaisesta standardiin sidotusta tieteellistymisestä ja näin siitä hävitetyistä luovuudesta, taiteellisuudesta, ehkä mystiikastakin.

tapoja ilmenee niin eri maiden, oikeudenalojen kuin *oikeudesta ajattelevienkin* välillä! Erilaisilla kielillä operointi konkretisoi tähän liittyviä ongelmia erinomaisesti.

Saksan kielen kääntämistä merkitsevä *übersetzen*-verbi sisältää kaksi merkitystä, jotka painottavat sanan *über*- tai *setzen*-osaa. Setzen-osaa painottava ilmaus merkitsee jonkin kääntämistä kieleltä toiselle. Über-osaa painottava ilmaus merkitsee sen sijaan siirtymistä lautalla rannalta toiselle. Suomenkin rikoslakia saksantanut Karin Cornils on huomauttanut kääntäjän työn merkitsevän lopulta molempia. Kyse on ajatuksien ja asiasisältöjen siirtämisestä eri kielten – ja kulttuurien – rantaviivojen yli.¹⁵¹

5.2 TEESI 2: Persoonallinen sitoutuminen traditioon

5.2.1 Traditiosta

Mutta joskus on hyvä katsoa peruutuspeiliinkin. Saksan moottoriteillä ajettaessa se on henkivakuutus. Jollei seuraa, mitä takana tapahtuu, voi joutua joron jäljille.

(Aulis Aarnio¹⁵²)

Traditiolla on korostunut rooli tässä tutkimuksessa. Tälle on useampi nimenomainen syy. Näin tradition korostaminen ei jää jonkinlaiseksi itseisarvoiseksi konservatismiksi, vaan toivoakseni edes sellaiseksi ”älykkääksi konservatismiksi”, johon esimerkiksi Martti Koskenniemi viittaa. Tavoitteeni on tietysti kuvata ”voimassa olevaa oikeuttamme” sellaisena kuin se on – ei jonkinlaisesta konservatiivisesta (tai mistään muustakaan) ideologiasta käsin. Sen, kuinka hyvin tässä onnistun, on minun tietysti jätettävä muiden päätettäväksi.¹⁵³

Ensinnäkin tradition merkitystä korostaa edellä omaksuttu ”hermeneuttinen aapistotuus” siitä, kuinka ymmärrystä tavoittelevan ihmisparan ennakkotiedot vaikuttavat auttamatta tämän ymmärryksen muodostamiseen. Kyse on *tosiasiasta*. Erityisesti oikeuden kaltaisen ”radikaalisti tulkinnanvaraisen” tutkimuskohteen osalta jokaisen aihetta lähestyvän on omaksuttava vähänkään konkreettisempia oikeutta koskevia väitteitä tehdäkseen valtava määrä mitä erilaisimpia ennakko-oletuksia ynnä muita premissejä. Sen, joka haluaa ymmärtää oikeutta ei auta kuin olla kiinnostunut siitä, millaisia oletuksia hänen itsensä ja myös muiden kulloisiinkin ajatuksiin sisältyy. Muussa tapauksessa toiminta jää sellaiseksi ”uskonvarmuuden” piirissä tapahtuvaksi puuhasteluksi, josta edellä on todettu muun muassa Michael Pawlikin varoitelleen – ja myös kritisoineen – rikoslainoppia.¹⁵⁴

¹⁵¹ Cornils 2017 s. 485. Ks. tähän liittyvistä ja nimenomaan juridisten tekstien kääntämistä koskevista erityispiirteistä s. 488–496. Cornils nostaa esiin mm. juridisiin teksteihin ja termeihin liittyvät systeemyhteydet, joiden johdosta kääntäminen ei usein ole mahdollista ilman syvällisempää ymmärrystä taustalla olevista oikeusjärjestelmistä ja -kulttuureista. Ks. myös Galdia 2003 s. 7–20. Merkityksen sitomisesta juuri *kielijärjestelmään* (*langue*, erotuksena *paroleen*) ja tähän liittyvästä Ferdinand de Saussureen henkilöityvästä strukturalistisesta kielen vallankumouksesta ks. esim. Eskola 2018 s. 59–82 ja 138–145. Ks. myös s. 101–121, jossa Eskola nostaa esiin myös tältä osin Saussurea lähelle tulevan Charles S. Peircen semiotiikan.

¹⁵² Aarnio 2014 s. 90. Ajatuskuva juuri *saksalaisista* autobaanoista ei liene Aarnion(kaan) esityksessä sattumaa. Hän painottaa toistamiseen sitä, kuinka niin saksan kieltä kuin kulttuuriakin koskeva ymmärtämättömyys yksipuolistaa niin filosofista kuin oikeudellistakin ajattelua – ja että juuri tällainen yksipuolistumistendensi on havaittavissa modernissa kotimaisessa oikeusajattelussamme (s. 21, 59, 86 ja 89–90). Aivan samoin ajattelua yksipuolistaa ymmärtämättömyys kaivella sen taustoja – *traditiota*.

¹⁵³ Koskenniemi 2008.

¹⁵⁴ Traditioon pohjautuvien ennakkokäsitysten (prejudice) ja niihin kohdistuvan kritiikin – auktoriteetin ja järjestyksen – ongelmallisesta suhteesta Gadamerin hermeneuttisessa ajattelussa ks. esim. Minkkinen 1998 s. 132–137 ja 141.

Toiseksi traditio saa oikeuden maailmassa tosiasiallisen ohella myös *normatiivista* merkitystä. Kyse on siitä, että traditiolla ei vain tosiasiallisesti ole, vaan myös *pitää* olla merkitystä. Tämä liittyy niin sanottuun muodolliseen oikeudenmukaisuuteen ja ajatukseen ”oikeusvarmuudesta”. Ihmisten yhdenvertainen kohtelu ulottuu tismalleen samanaikaisesti ratkaistavien tilanteiden ohella myös eri aikoina ratkaistaviin. Oikeuden, erityisesti rikosoikeuden, on oltava ennakoitavaa. Tämä puolestaan edellyttää – niin ikävältä kuin se alati muuttuvan nykymaailman silmissä saattaakin vaikuttaa – asioiden tekemistä samoin kuin aiemmin.

Kolmanneksi tradition oikeuden maailmassa saamalle merkitykselle voidaan hahmotella vielä tavallaan sekä edelliseen tosiasialliseen kuin normatiiviseenkin näkökohtaan pohjautuva peruste. Edellä todettiin tosiasiallisena seikkana, ettei oikeudesta ole ylipäänsä mahdollista muodostaa minkäänlaisia ajatuksia, tai ymmärrystä ilman tukeutumista johonkin aiempaan – johonkin, mikä perustuu paitsi omaan myös ennen kaikkea muiden jo tekemään ajatustyöhön. Kukaan ei kirjoita rikoslainopillista tutkimusta viettämällä elämäänsä muusta maailmasta eristetyssä tynnyrissä. Pelkästään sen ajatteleva, millaista ”rikoslainoppia” tällainen henkilö tuottaisi, on oikeastaan mahdotonta. Eihän hänellä olisi edes kieltä, jolla kommunikoida – saatikka *rikoksen, lain* tai *opin* kaltaisia käsitteitä! Asetelma saattaisi antropologisessa mielessä olla mielenkiintoinen, mutta on vaikea ajatella, että se herättäisi minkäänlaista mielenkiintoa lainopin saralla. Ajattelun helpottamiseksi asetelmaa voi varioida. Tynnyrissä koko elämänsä sijaan viettäneen ”lainoppineen” sijaan voidaan ajatella viimeiset 20, tai vaikka 5 vuotta, eristyksissä ollut aikanaan rikoslainopillisen koulutuksen saanutta henkilöä. Tai yksinomaan mongolialaiselle rikosoikeusteorialle (– en tiedä, onko tällaista) – tai mille tahansa muiden silmissä omituiselle, irrelevantille, ”vieraalle” – elämänsä pyhittänyttä tutkijaa, joka ryhtyy kirjoittamaan voimassa olevasta suomalaisesta rikosoikeudesta. Onko tällaisella henkilöllä mitään *relevanttia* sanottavaa vai jäävätkö ajatukset varsinaisen lainopin kannalta mielenkiinnottomaksi yksityisajatteluksi ja itsensä toteuttamiseksi? Entä kuka päättää, mikä milloinkin on *relevanttia*?

Oikeus elää *ajassa* ja on perustavanlaatuisesti *yhteisöllistä*. Siinä, missä *matemaattisia* totuuksia voi (ehkä) olla mahdollista ymmärtää viettämällä vuosikymmeniä erämaassa, jäävät *lainopilliset* totuudet auttamatta tavoittamatta ajattelijalta, joka on irrottautunut yhteiskunnasta ja tiedeyhteisöstä. Lainoppineiden yhteisö on lopulta se, joka päättää, mikä milloinkin on *relevanttia* ja ”totta”. Vakuuttava argumentaatio voi muokata ja suorastaan mullistaa tiedeyhteisön käsityksiä. Kyseiset käsitykset voivat myös pohjautua monilla eri mittareilla täysin kestävämmiin lähtökohtiin. Yhteisö ei sanele koko totuutta, mutta yhteisöä on oikeudellisesta totuudesta kuitenkin mahdotonta täysin erottaa. Tämä on yksi oikeuden salaisuuksista, joihin minulla ei ole antaa minkäänlaista selvää vastausta. Tämä työ on eräänlainen demonstraatio siitä, minkä ymmärrän itse oikeusyhteisön silmissä vakuuttavaksi argumentaatioksi. Jää nähtäväksi, missä määrin työni osakseen saamat myötä- ja vastareaktiot saavat minua muuttamaan omaa käsitystäni rikoslainopin totuuksista. Tämä on asia, jota ei ole mahdollista kuvata koherentin tieteellisin mallein tai lausein.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Ks. samaan tapaan Hyttinen 2015 s. 30–31, joka pohtii tutkimiseensa auttamatta liittyvää ”tietovajausta”, ja kertoo tältä osin itseään auttaneen juuri tutkimuksensa kalibrointi suomalaisen rikosoikeudelliseen kontekstiin – eli keskustelun kytkeminen juuri kyseiseen *traditioon*. Näin sinällään mahdottoman laajalle teemalle (*syylisyyksysymyksen ratkaiseminen*) saadaan

Ymmärrän *traditiolla* siis kaikkea sitä, mitä rikoslainopissa on tapahtunut ennen tämän työn kirjoittamista. Kyse on niin oikeuslähteistä, niitä koskevista tulkintasäännöistä kuin oikeutta koskevista metatason teorioista – ylipäänsä kaikesta ajattelusta, mikä millään tapaa voi olla rikosoikeudellisen huolimattomuuden kannalta relevanttia. Tämä aineisto on valtavan laaja, eikä tässä työssä ole onnistuttu kuin raapaiseman sen pintaa. Kuten sanottua pitkin kirjoitusprosessin olen joutunut kipuilemaan sen kanssa, pitäisikö koko homma lopettaa. Olen lopulta tullut siihen tulokseen, että tässä työssä hyödynnetty aineisto on kuitenkin siinä määrin kattava, että työssä esitettyjen väitteiden esittäminen on perusteltua. Olennaisena tähän rohkaisevana seikkana ovat toimineet lukemani muut rikoslainopilliset tutkimukset, joissa niin ikään on väitelty kaikenlaista – hyvin usein nähdäkseni vieläpä huomattavasti köykeisemmän tradition tuntemuksen varassa.

Olennaiseksi kysymykseksi laajasti ymmärretyn tradition osalta nousee nyt tietysti se, mikä on tältä osin *riittävää*. Kuinka syvälle tradition loputtomaan aineistoon on sukellettava. Itsestään selvänä lähtökohtana on tietysti se, että asia riippuu kulloinkin esitettävien väitteiden laadusta. Jos haluaa väittää yleisellä tasolla Suomen rikoslain kriminalisoivan toisen auton käyttämisen ilman lupaa, voi täysin riittävänä perusteena olla vaikkapa viittaus RL 25:9a:ään. Itse väitteitä ei voi erottaa siitä, kenelle ne osoitetaan – lainopin kohdalla siis ennen kaikkea muiden lainoppineiden yhteisöstä. Juuri yhteisö määrittää pitkälti sen, kuinka paljon minkäkin laatuksia väitteitä on syytä perustella.

Edelleen olennaiseksi kysymykseksi, jota lainopillisten väitteiden tekijä siis joutuu miettimään, nousee oikeusyhteisön osalta se, onko yhteisö ajateltava tieteen tekemisen osalta demokraattiseksi vai aristokraattiseksi. Määrittäykö oikeusyhteisön näkemys ääniä vai arvovaltaa laskemalla? En usko kyseessä olevan joko/tai, vaan pikemminkin sekä-että -tilanne. Kyse on samasta asiasta, johon päädyin jo edellä Markku Helinin kannan tulkinnassani. On selvää, että lainopillinen yhteisö on jo itsessään – vaikkapa demokraattisen lainsäätäjän näkökulmasta – varsin elitistinen ”herrakerho”, johon pääsy takaa jo itsessään ”klubilaisille” suuremman äänenpainon oikeutta koskeissa keskusteluissa. Samalla lainopillinen ja oikeutta koskeva keskustelu kuitenkin säilyttää tietynlaisen demokraattisuutensa. Lainopillista tutkimusta tekevän on syytä tutkimuksensa puitteissa vähintäänkin kiinnittää huomiota myös muiden kuin etabloituneimpien herrakerholaisten lausumiin.

Lopulta raja jää häilyväksi ja luonteeltaan eräänlaiseksi muna vai kana -asetelmaksi. Kyse on yhteisöllisestä asiasta (demokraattinen kaikkien ainakin lähtökohtainen *mahdollisuus osallistua*), mutta yhteisöön kuuluminen on kuitenkin ratkaistava jonkinlaisin perustein (aristokraattinen eri osallistujien eripainoinen *relevanssi*).

5.2.2 Persoonallisuudesta

Edellinen tradition roolin painottaminen saattaa helposti luoda mielikuvan lainoppineesta jonkinlaisena persoonattomana toimijana, joka läpi loputtoman tradition kahlaten poimii sieltä enemmän tai vähemmän painavia ajatuksia näitä yhdistellen, ja siis aiempia ajatuksia toistellen. Sinällään ihan oikean suuntainen ajatus on kuitenkin pielessä niin tosiasiallisesti kuin normatiivisestikin.

jonkinlaiset raamit. Kyseiset raamit eivät ole millään tapaa ongelmattomat. Hyttinen myöntää avoimesti, että esim. kielitaito on auttamatta rajoittanut hänen mahdollisuuksiaan mahdollisesti hedelmälliseen ajatteluun tutustumiseen.

Tosiasiallisesti jo moneen kertaan esille nostettu ”hermeneuttinen aapistotuus” painottaa nimenomaan asioita ymmärtämään pyrkivän henkilön esiyymmärryksen merkitystä¹⁵⁶. Koska tämä esiyymmärrys on lopulta enemmän tai vähemmän erilainen jokaisen yksilön kohdalla, on ensinnäkin tosiasia, että jokainen tarkastelee oikeutta enemmän tai vähemmän omalaatuisista lähtökohdistaan. Ottaen huomioon oikeuden ”radikaali tulkinnanvaraisuus” on tämän havaitseminen ensiarvoisen tärkeää; esittäessäni lausumia voimassa olevan oikeuden sisällöstä, en (useinkaan) esitä minkäänlaisia totuuksia, vaan tulkinnanvaraisuuksia, minkä johdosta on syytä muistaa, että asioista on mahdollista ajatella myös toisin!

Normatiivisesti juuri tämä oikeuteen alati sisältyvä mahdollisuus *ajatella toisin*, muodostaa perustan sille, miten oikeus yhtäältä elää ajassaan ja toisaalta säilyttää siihen sisältyvän kriittisen potentiaalin. Oikeustieteilyn persoonallisuus ei ole vain tosiasia, vaan oikeuden yhteiskunnassaan ja ajassaan elämisen ehto. Näin *pitääkin* olla. Muussa tapauksessa oikeudellinen ajattelu voisi tulla jotenkin ”valmiiksi” ja hyytyä näin paikoilleen.

ATK-järjestelmien soveltuvuutta oikeudelliseen päätöksentekoon 1980-luvulla teoreettisella tasolla tarkastellut Hannu Tapani Klami erotti *unirationaalisuutta* vaativan tietokoneen luonteeltaan *multirationaalisesta* oikeudellisesta päätöksenteosta, joka siis Klamin mukaan edellytti erilaisten logiikan järjestelmien yhteensovittamista. Niin *lausekalkyylin* (faktapremissien arvioinnin), *deonttisen logiikan* (normipremissien asettamisen), *”paremman” relaatiologiikan* (argumentaation preferenssisuhteiden) kuin mahdollisesti vielä muidenkin logiikan lajien yhteen sovittavien ratkaisualgoritmien luominen olikin Klamin mukaan osoittautunut hyvin vaikeaksi. Oikeudellinen päätöksentekijä joutuu työssään operoimaan monien eri ”rationaalisuuksien” varassa ja noudattamaan mitä erilaisimpia – ja usein myös enemmän tai vähemmän ristiriitaisia – strategioita ja intressejä. Tyypillisenä esimerkkinä lain tulkitusperien noudattaminen voi joissain tilanteissa edellyttää lain kirjaimen sivuuttamista. Klamin ajatuksena oli kaikesta huolimatta tutkia tuomarin ajatuksen tosiasiallista kulkua ja luoda tätä kautta teoreettisesti välttämätön pohja erinäisten tulevaisuuden ATK-sovellusten käytön pohjalle.¹⁵⁷ Kuten oman tutkimukseni I-osassa pyrin osoittamaan, pätevät Klamin näkemykset oikeudellisen ajattelun *multirationaalisuudesta* nähdäkseni edelleen. Enemmän tai vähemmän mekaaniseen prosessointiin perustuva tietokone ei yksinkertaisesti kykene siihen *ajattelulliseen joustavuuteen*, jota oikeutta koskeva päätöksenteko – ja ylipäänsä oikeuden ajattelijain ja tutkiminen – edellyttävät. Huolimatta Klamin sinällään toki kunnianhimoisista ja tavattoman mielenkiintoisista tutkimusprojekteista¹⁵⁸, minun on

¹⁵⁶ Esim. Andersson 1979 s. 91–97 nostaa esiin yhtenä positivismin ja hermeneutiikan erona niiden suhteen tutkijan persoonaan; ensimmäinen pyrkii erottamaan tutkimuksen tyystin tutkijan persoonasta, jälkimmäinen sen sijaan ei.

¹⁵⁷ Klami 1986 s. 294–295, 312–313 ja 316.

¹⁵⁸ Katson useiden näistä projekteista edustaneen kotimaiselle lainopilliselle tutkimukselle varsin vierasta – ja juuri tästä syystä suunnattoman arvokasta – ennakkoluulotonta suhtautumista matemaattisiin malleihin. Esim. *Law and Truth* -tutkimusprojektin pohjalta Klami tutkimusryhmineen pyrki kehittämään yleisiin tieteellisiin päättelysääntöihin niin luontoa kuin ihmistäkin koskevan tieteellisen tiedon pohjalta teorian juridista näyttökysymystä koskevasta argumentaatiosta. Projektin kokonaisuutena ks. alun perin käsikirjoituksen tasolla jo vuonna 1993 valmistunut, mutta lopulta vasta vuonna 2000 julkaistu yhteenveto *Law and Truth* (Klami–Gräns–Sorvettula 2000) (sekä suppeammin jo Klami 1997). Teorian tarkoituksena oli tarjota mahdollisuus keskustella näytön ”riittävyyydestä” – eli monelle juristille pitkälti intuitiivista merkitsevästä asiasta – *rationaalisesti*, tai edes lisätä ja kontrolloida asiaa koskevan keskustelun rationaalisuutta. Rationaalisuus tarkoitti kyseisen teorian puitteissa konkreettisemmin ns. päätösteoriaan pohjautuvaa yhtäältä virheellisen vapauttavan ja toisaalta virheellisen syyksi lukevaan ratkaisuun hyödyllisyyden mallintamista matemaattisen kaavan muotoon. Tätä kautta oli tarkoitus edetä päätöksenteon rationaalisuudessa pelkkää ”kokonaisvaltaista järjelyä” merkitsevää ja holistista pro & contra -argumentaatiota pidemmälle. (Klami–Gräns–Sorvettula 2000 erit. s. 26 ja 34–37) Nimenomaan ajatus äärimmäisen monimutkaisten argumentaatioprosessien pelkistämisestä painoarvoltaan numeerisesti ilmaistaviin argumenttijoukkoihin sekä näiden edes jonkinlainen hallitseminen modernien tietokonepohjaisten päätöksentekomallien avulla näytteli olennaista roolia kyseisessä teoriassa. Vaikkakin

vaikea ymmärtää, miten asia voisi ylipäätään olla toisin. Tietokone – sellaisena kuin sen tällä hetkellä ymmärrän – ei yksinkertaisesti kykene tavoittamaan ihmiselämää siinä laajuudessa ja sillä tavoin, mitä vaikkapa ihmisen rikosoikeudellista vastuuta koskeva päätöksenteko edellyttää. Tähän tarvitaan paitsi *multirationaalisuuteen* myös *empatiaan* ja *intuitioon* kykenevä *persoon*.¹⁵⁹

Oikeudellinen ajattelu merkitsee *yksilön persoonallista suhdetta yhteisölliseen traditioon*. Se, mitä tämä nähdäkseni konkreettisesti tarkoittaa selvenee tämän teoksen sivuilla. Mitään edellistä yleispätevämpää en osaa aiheesta tässä kohdin sanoa.

Ajatus oikeustieteen persoonasidonnaisuudesta on viime vuosina noussut kotimaisessa keskustelussa esiin muun ohella erilaisiin tieteen ulkopuolisiin asiantuntijatehtäviin liittyvän tutkimuseettisen keskustelun kautta. Esimerkiksi Markku Helin on todennut asian lainopillisen tutkimuksen akuuteimmaksi tutkimuseettiseksi kysymykseksi, jonka ympärillä tosin Suomessa on perinteisesti vallinnut ”häveliäs vaiteliaisuus”.¹⁶⁰ Häveliään vaiteliaisuuden kulttuuri ei liene millään tapaa erikoinen Suomen kaltaisessa pienessä oikeuskulttuurissa, jossa vähäväkisiä alan toimijoita ja asiantuntijoita tarvitaan monissa eri yhteyksissä.

”Häveliään vaiteliaisuuden” ilmapiiriä on hiljattain lähtenyt poikkeuksellisen kovin ottein rikkomaan vero-oikeuden piirissä Santtu Raitasuo pyrkimyksensä nostaa esiin verolainopillisessa tutkimuksessaan tunnistamiaan intressiristiriitoja. Raitasuo perustaa ajattelunsa niin sanotun kriittisen oikeusteorian (ennen kaikkea Duncan Kennedyn) ajatukseen arvoneutraalin lainopin mahdottomuudesta, eli toisin sanoen

nimenomaisena tarkoituksena oli inhimillisen päätöksenteon korvaamisen sijaan vaatimattomammin vain kehittää *subjektiivisen* rationaalisuuden testaamisen malleja. (s. 39–40, 45 ja 48 alav. 11) Lopulta tämä edellytti kuitenkin oikeudellisen päätöksenteon rationaalisuuden perimmäisen kriteerin pelkistämistä tavoiterationaalisuudeksi, jonka siis katsottiin muodostavan myös normirationaalisuuden perustan (s. 40 ja 45–46). Tutkimusprojektin osalta on hyvä pitää mielessä, etteivät projektin tutkijat nähneet – ”tietyistä epistemologisista eroista” huolimatta – suurta eroa näytöllisen arvioinnin ja oikeudellisen argumentaation välillä, vaan pikemminkin painottivat niiden silmiinpistäviä rakenteellisia yhtäläisyyksiä. Molempien osalta katsottiin olennaiseksi juuri (matemaattisten) kaavojen käytön mahdollistavan rationaalisen kriteeristön luominen epävarmuudessa tapahtuvan päätöksenteon tueksi. (s. 39 ja 47–48)

¹⁵⁹ Kuten jäljempänä tullaan vielä tarkemmin huomaamaan, kotimaisen rikoslainopin ja myös rikosprosessilainopin valtavirta on suuntautunut huomattavasti Klamin tutkimusryhmineen esittämiä matemaattis-kaavamaisia malleja ”pehmeämmälle” polulle, jossa juurikin pro & contra -tyyppinen ja erinäisten oikeusperiaatteiden tai ”peukalosääntöjen” puitteissa tapahtuva argumentaatio on läpi 2000-luvun ollut vallitseva trendi. Nimenomaan oikeusperiaateajattelun ja punninnan varaan rakentuvina rikosprosessuaalisina esityksinä ks. esim. Jaakko Jonkan vuoden 1991 väitöskirja (Jonkka 1991 erit. s. 155 ja 164–167), jossa päädyttiin – niin ikään yleisestä päätösteoriasta lähtien – matemaattisten kaavojen sijaan rakentamaan ”optimaalinen syytekytnys” rikosprosessin tausta-arvoja ja tavoitteita konkretisoivien ja kanavoivien oikeusperiaatteiden sekä niiden keskinäisen punninnan varaan. Toisena vastaväittäjänä toiminut Klami luonnehtikin Jonkan tutkimusta ”numeerisia arvoja vierastavaksi” (Klami 1992 s. 134–137). Ks. myös Mika Huovilan käräjäoikeuksien näyttöratkaisuja käsitellyt vuoden 2003 väitöskirja (Huovila 2003 erit. s. 213–215), jossa ns. todistusarvometodin osalta varoitellaan metodin puitteissa helposti syntyvästä liiasta eksaktiudessaan ja matemaattisuudessaan harhaanjohtavasta ja vääristyneestä todistusharkintaa koskevasta kuvasta, jossa todistusharkintaan välttämättä kuuluva intuitiivinen puoli tahtoo päästä unohtumaan. Huovila korostaakin todistusteoreettisten metodien ja kaavojen hyödyntämistä perustelujen apuvälineenä vain *tietyyn mittaan* asti. Ks. myös aineellisen rikosoikeuden kannalta mielenkiintoisempi Huovilan kirjoitus *Oikeusläheoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa* (Huovila 2005), jossa Huovila pyrkii tuomaan väitöskirjassaan jo näyttöratkaisujen osalta lanseeraamansa periaateluontoisten ”peukalosääntöjen” varaan rakentuvan päätöksenteon mallin myös aineellisen rikosoikeuden puolelle. Tulkintametodien esittelyn loppupuolella Huovila katsoo aiheelliseksi painottaa, etteivät ”elävä elämä” ja oikeudellinen tulkinta lopulta ole siinä määrin selväpiirteisiä asioita, kuin edellä esityssystemaattisista syistä siististi omiin lokeroihinsa järjestetyt tulkintametodit ehkä antaisivat ymmärtää, vaan että tulkinta on enemmän tai vähemmän kokonaisvaltainen prosessi, jossa ”kaikki vaikuttaa kaikkeen” (s. 80). Ns. pro & contra -argumentaation osalta on mainittava ennen kaikkea asian laajemmalle kotimaiselle yleisölle tutuksi tehneet Jyrki Virolaisen ja Petri Martikaisen teokset *Pro & contra* (Virolainen–Martikainen 2003) ja *Tuomion perusteleminen* (Virolainen–Martikainen 2010). Uskaltaisni väittää, että 2020-luvun koittaessa harva – ainakaan nuoremman polven – suomalainen juristi on kuullutkaan Klamin matemaattispäätösteoreettisista kaavoista, mutta sen sijaan ”perusteleminen peukalosäännöt” ovat liki kaikille tuttuja ja ”pro & contra -argumentaatio” suorastaan jonkinlaisen itsestäänselävyyden asemassa. Myös Jonkan ”optimaalinen syytekytnys” edustanee vähintäänkin syyttäjäpuolella jonkinlaista arvokasta oikeushistoriaa. Myös Klamin tutkijaryhmään kuulunut Minna Gräns on myöhemmin suunnannut tutkimustaan pois todennäköisyysmatematiikasta, jonka katsoo esim. oikeuskäytännössä todetun hyvin vieraaksi ja vaikeaselkoiseksi (Gräns 2013 s. 108 ja 114–116).

¹⁶⁰ Helin 2015 s. 809.

siitä, kuinka kaikkien lain tulkintojen taustalla ovat lopulta aina vaikuttamassa erilaiset ideologiat eri tulkintavaihtoehtojen järjestyessä poliittisten jakolinjojen mukaisesti. Lainopilliset tulkintakysymykset tulevat näin ymmärretyiksi *ideologisina konflikteina*, joiden osalta keskeiseksi oikeusteorian tehtäväksi muodostuu paremman ymmärryksen muodostaminen kaikista taustavaikuttimistaan, ja ylipäänsä edes sen muistuttaminen, etteivät erilaiset tulkinnat useinkaan merkitse välttämättömyyksiä. Tarkoitus on ennen kaikkea purkaa lakimieskunnassa toisinaan vallitsevaa illuusiota arvovapaasta lainopista ja lisätä näin itse kunkin oikeudellista ratkaisutoimintaa – tai ylipäänsä oikeudellista ajattelua – harjoittavan tietoisuutta asiasta.¹⁶¹ Erityisen alttiita tällaisille ideologioiden kamppailuille ovat joustavat niin sanotut *yleissäännökset*, joiden kautta lainsäätäjä delegoi harkintavaltaa lainsoveltajalle. Vero-oikeudessa malliesimerkkinä toimii VML 28 §:n yleinen veronkiertolauseke, jonka tulkintaan liittyvästä ideologioiden kamppailusta kertoo Raitasuon mukaan jo se, miten itse kukin luonnehtii säännöksen ulkopuolelle jäävän menettelyn vaikkapa ”aggressiiviseksi verosuunnitteluksi”, pelkäksi ”verosuunnitteluksi”, ”verooptimoinniksi” tai ”verotehokkuudeksi”.¹⁶²

Kyseisessä kriittisen oikeusteorian nimiin laitetussa ajatuksessa arvoneutraalin lainopin mahdottomuudesta on pitkälti kyse samasta asiasta, kuin mistä on tässä tutkimuksessa jo moneen kertaan puhuttu oikeuden ”radikaalina tulkinnanvaraisuutena” ja tähän liittyvänä ”hermeneuttisena aapistotuutena”, joiden mukaan siis erilaisten ihmisten erilaiset esiymmärrykset tapaavat johtaa oikeudellisen ajattelun (kaiketi siis vero-oikeudenkin) osalta hyvinkin erilaisiin näkökantoihin. Myös Raitasuon ajatus lainopillisten tulkintakannanottojen suositusluonteesta menee hyvin yksiin omaksumani *de lege late / de lege ferenda* -erottelun mahdottomuudesta – eli siitä, ettei meillä ole yksiselitteistä käsitystä siitä, mitä ”voimassa oleva oikeus” on.¹⁶³

Raitasuon kritiikin kärki kohdistuu sellaisiin tutkijapositioihin, joissa vero-oikeudellista tutkimusta tuottava henkilö toimii samanaikaisesti jonkin yksityisen intressitahon edustajana; esim. verokonsulttina tai lobbarina.¹⁶⁴ Raitasuo katsoo vero-oikeustieteilijöiden asiantuntijatehtävien yleisyyden johtavan suoranaiseen vero-oikeudelliseen ”vinoumaan”, jossa vero-oikeusjärjestelmää tarkastellaan ennen kaikkea suuryritysten veron minimointitavoitteiden näkökulmasta. Erilaisia verotukseen liittyviä oikeudenmukaisuuskäsityksiä Raitasuo havainnollistaa viime vuosien veroparatiiseja koskevalla tietovuodoilla, jotka paitsi ”keskiverto äänestäjissä ja veronmaksajissa” myös ”muilla oikeudenaloilla toimivien oikeustieteilijöiden”

¹⁶¹ Ks. etenkin Raitasuo 2018b erit. s. 363–364, 373 ja 385, jossa Raitasuo avaa oikeusteoreettisia lähtökohtiaan.

¹⁶² Raitasuo 2018b s. 375, 377 ja 383. Ks. myös Helin 2015 s. 806, joka huomauttaa juuri oikeuslähdeperiaatteiden joustavuuden ja niiden käytöissäntöjen epämääräisyyden avaavan epäeettisille motiiveille tien lainoppiin.

¹⁶³ Esim. Raitasuo 2018a s. 231: ”Kun lainopillinen tutkija artikkelissaan tai monografiassaan lausuu, miten lakitestin epäselvää ilmausta on tulkittava, hän ei esitä kuvausta voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Sen sijaan tutkija esittää tulkintasuosituksen siitä, minkälaiseksi voimassa olevan oikeuden tulisi muodostua.” Ks. samaan tapaan Helin 1983 s. 81–83, jonka mukaan oikeusdogmaattisten tulkintalauseiden erottelu väitteisiin (assertion) ja suosituksiin (recommendation) ei ole helppoa, muttei myöskään tarpeellista. Ensinnäkin ne tuotetaan yleensä samalla tavoin (eli oikeuslähteiden ja niiden käytöissäntöjen pohjalta) ja toiseksi niillä on yleensä sama funktio (eli oikeusyhteisön vakuuttaminen joko uusia tulkinnallisia sääntöjä luoden tai vanhoja vahvistaen). Itse sanoisin, että ”voimassa olevan oikeuden sisällöstä” käsityksensä lausuva epäselvän ilmauksen tulkitseja esittää *samalla* ”tulkintasuosituksensa siitä, miten ilmaus tulisi ymmärtää”.

¹⁶⁴ Raitasuo 2018a s. 227–229. Todettakoon, että oikeustieteellisen tutkijan sidonnaisuuksiin liittyviä tutkimuseettisiä kysymyksiä on kotimaisessa oikeustieteessä käsitelty viime vuosiin asti varsin vähän. Tätä valittelevat jo esim. Virolainen–Martikainen 2003 s. 229–230. Oikeustieteen eettisiä kysymyksiä ei Suomessa ole ylipäänsäkään mainittavasti tutkittu (Helin 2015 s. 790, joka toteaa, että tässä olisi keskustelun ohella myös syytä itse kunkin harjoittaa tykönsä omien motiivien tutkimusta (s. 807–809)). Tutkimuseettinen keskustelu näyttäisi ylipäänsä nousseen suomalaisen tiedepolitiikan asialistalle 1980- ja 1990-lukujen taitteessa ennen kaikkea kansainvälisen luonnontieteellistä tutkimusta (erityisesti lääketiedettä ja biologiaa) koskevan keskustelun vaikutuksesta (ks. Löppönen–Vuorio 2013).

keskuudessa ovat herättäneet keskustelua verojen kierron tai ainakin minimoimisen eettisestä kyseenalaisuudesta, kun taas ”verotutkijoiden” piirissä on puhuttu tältä osin lähinnä lakisidonnaisuuden periaatteen ongelmista, verovelvollisen oikeusturvasta ja liikesalaisuuksien vaarantumisesta sekä elinkeinotoiminnan heikentyneistä toimintaedellytyksistä Suomessa. Selvän populistinen esitystapa lienee täysin tietoinen valinta. Raitasuon nimittäin painottaa nimenomaan *kansalaisten* oikeutta, *äänestäjien* tahtoa ja *demokraattisen* lainsäädäntöprosessin tavoitteita mahdollisimman hyvin toteuttavia lainopillisia tulkintasuosituksia, joihin yksittäisten (ja usein liike-elämän piirissä) toimivien veronmaksajien palkkalistoille kuuluminen ei siis Raitasuon mukaan ole omiaan ainakaan kannustamaan.¹⁶⁵

Raitasuon kärkkäät ja anteeksipyytelemättömät kirjoitukset ovat nähdäkseni enemmän kuin terveellistä herättelyä kotimaiselle lopulta hyvin pienessä piirissä harjoitettavalle ja kaiken lisäksi tutkimuseettisiä kysymyksiä varsin vähän pohtineelle lainopille – luullakseni oikeudenalasta riippumatta. Kuten todettua, Raitasuon ajattelu pohjautuu hyvin samanlaisiin lähtökohtiin oikeuden *arvosidonnaisuudesta* ja *normatiivisuudesta* kuin oma ajatteluni. Raitasuon kritiikkiin sisältyy kuitenkin muutama perustavanlaatuinen ongelma, joita yritän itse parhaani mukaan välttää.

Ajatus oikeuden ja sitä koskevien väitteiden arvosidonnaisuudesta ja tässä mielessä ”ideologisuudesta” lienee suurimmalle osalle kotimaisiakin lainoppineita jo jonkinlainen itsestäänselvyys¹⁶⁶. Olen joka tapauksessa yrittänyt asiaa perustella jo

¹⁶⁵ Raitasuon 2018a s. 227 ja 237.

¹⁶⁶ Rikosoikeudellisen tutkimuksen osalta ks. esim. Sutela 2016 s. 49–56, jossa lähdetään varsin oikeusrealistiseen sävyyn liikkeelle ajatuksesta, jonka mukaan persoonan vaikutusta inhimilliseen (ratkaisu)toimintaan ei ylipäänsä ole mahdollista eliminoida – ei ainakaan rangaistuksen mittaamisen kaltaisen päätöksenteon osalta, jossa samanlaisen lopputuloksen vaatiminen jokaiselta tuomarilta vaikuttaa lähes yhtä mahdottomalta kuin useamman taiteilijan vaatiminen samanlaisen taulun maalaamiseen samasta maisemasta. Pahin mahdollinen asiaan liittyvä harha onkin olla uskomatta kyseisten ei-oikeudellisten seikkojen vaikutukseen omassa päätöksenteossaan. Sutela katsoo yleisten tuomioistuinten ratkaisutoimintaa empiirisesti tilastollisin menetelmin tarkastellen tutkimuksensa osoittavan myös teoreettisella tasolla mm. tuomarin persoonallisten vaikutusten mahdollisuuden oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa (s. 109). Lopulta oikeudellisen päätöksenteon ennustettavuus näyttäisiikin olevan Sutelan käsittelemissä tapauksissa edellä mainittuun nähden yllättävänkin hyvää tasoa (s. 107). Ajatusta ideologisuuden itsestäänselvydestä nakertaa Janne Juuselan alaviitteeseen sisällyttämä vastaus Raitasuon kritiikkiin. Juuselan mukaan ”tuoreessa suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty kriittisen laintulkintaopin soveltamista vero-oikeuteen”. Yleisellä tasolla tällaisessa vaihtoehdoissa tai kriittisessä laintulkintaopissa on Juuselan mukaan kyse yleisessä oikeustieteessä vuosikymmenten varrella esitetyistä malleista, joissa lainopillinen tulkinta on politiikkaa, jossa ratkaisija tietoisesti valitsee arvolähtökohansa ja toimii määrätietoisesti sosiaalisesti oikeudenmukaisemman ja tasa-arvoisemman oikeuden tuottajana. Tällaiset tulkintamenetelmät perustuvat Juuselan mukaan ennen kaikkea marxilaisiin oikeusteorioihin ja ovat käytännössä jääneet pelkästään teorioiden tasolle ilman, että niitä olisi hyväksytty lainopillisen tulkinnan menetelmäksi länsimaaisissa oikeusvaltioissa. Syykin on Juuselan mukaan selvä; ne kun johtaisivat viranomaisten mielivaltaan ja yksilöiden oikeusturvan romahkamiseen. (Juusela 2018 s. 452) Juuselan tapa sivuuttaa Raitasuon – ja kriittisen oikeusteorian – ajatukset on siinä määrin pöyristyttävä, ettei sitä kommentoidessa tiedä, mistä pitäisi aloittaa. Tyydyn prosessiekonomisessa hengessä toteamaan Juuselan puhuvan Raitasuon kanssa pitkälti eri asiasta. Juusela esittää laintulkintaa koskevan *normatiivisen* kannanoton siitä, miten lakia hänen mielestään pitäisi – tai siis tässä tapauksessa ei pitäisi – tulkita. Raitasuon kritiikki perustuu sen sijaan *tosiasialliseen* laintulkintatoimintaa koskevaan väittämään siitä, että tulkitsijan poliittis-ideologiset näkemykset vaikuttavat (tai ainakin saattavat vaikuttaa) tämän tulkintakannanottoihin (– kyse ei siis ole niinkään siitä, pitäisikö vai ei pitäisi vaikuttaa!). En malta olla huomauttamatta, kuinka heppoisesti Juusela perustelee omaa normatiivista kantaansa. Hän vetoaa siihen, miten katsoo aiemmin toimitun (eli: ei välitetä kriittisestä/vaihtoehdoista lainopista). Eikä hänen historiaa koskeva väitteensä nähdäkseni pidä edes paikkaansa. Jokainen kotimaista lainoppia millään tavalla tunteva voi pohtia, missä määrin vaikkapa Martti Koskenniemen, Juha Karhun tai Thomas Wilhelmssonin esittämät kriittiset/vaihtoehdotiset lainopilliset esitykset voi sivuuttaa jonkinlaisina ”pelkästään teorian tasolle jääneinä marxismeina”. Se, että lainopin valtavirta ei ole omaksunut niin Koskenniemen, Karhun kuin Wilhelmssoninkaan esityksiä kokonaisuudessaan, ei tarkoita, etteikö niillä olisi ollut merkitystä tai vaikutusta – eikä myöskään sitä, etteikö niitä voisi olla syytä omaksua. Esim. Myrsky 2010 osoittaa, etteivät Raitasuon esiin nostamat teemat tietyt ole vero-oikeudenkaan saralla täysin tuntemattomia. Itse asiassa inhimillistä päätöksentekoa koskevan tosiasiallisen (empiirisen) vaikkapa kognitiiv psykologisen tiedon luulisi juuri vero-oikeudessa olevan hyvinkin tiedossa ottaen huomioon sen läheinen yhteys taloustieteeseen (mukaan lukien oikeustaloustiede), jonka piirissä tämän kaltaiset asiat ovat olleet paljonkin esillä (Gräns 2013 s. 104). Eikä edes marxilaisen oikeusteorian vaikutus suinkaan pelkisty vain sosiaaliseen siviilioikeuteen (kuten vaikkapa myös Aarnio 2006 s. 97 väittää). Esim. Tuorin *kriittisen oikeuspositivismin* monitasomalli on täysin avoimesti (muun ohella) marxilainen! (ks. Tuori 1997b s. 314–319) Se ymmärtää oikeutta kytkemällä sen yhteiskuntaan ja korostamalla sen ajassa elävää ja eri tasojen vuorovaikutuksessa muuttuvaa luonnetta. Jokainen voi vaikkapa Erikssonin 1980 s. 1–37 ja 97–102 esitystä lukemalla todeta suoraan hämmästyttäviä yhtäläisyyksiä Tuorin monitasoteoriassa ja marxilaisessa traditiiossa. Sivut 43–44 lukemalla saattaa löytää lisäksi vielä hämmästyttävämpiä yhtäläisyyksiä tuorilaisen ”oikeuden kaksien kasvojen” ja marxilaisen

edellä. Se, mikä Raitasuo ajatuksissa voisi olla uutta ja mielenkiintoista on sen sijaan väite vero-oikeudellisesta ”vinoumasta” ja ennen kaikkea siis se, kykeneekö Raitasuo väitteensä perustelemaan. Juuri tässä nousee esiin Raitasuo ensimmäisen tekstin (Raitasuo 2018a) keskeisin ongelma; keskittyessään vero-oikeuden ”laajempiin rakenteellisiin tekijöihin” Raitasuo tyytyy erilaisiin passiivi-muotoisiin ilmauksiin siitä, kuinka ”vero-oikeudellinen keskustelu vinoutuu” ja ”asiantuntijatehtävät vaikuttavat tieteellisiin kannanottoihin”. Raitasuo kirjoitusta kommentoinut Erkki Tiitta huomauttaakin vero-oikeudellista vinoutumaa koskevien rohkeiden väitteiden jäävän tekstissä vaille empiriaa tai edes esimerkkejä¹⁶⁷. Tällaisina väitteet jäävätkin aikalailla merkityksettömiksi – riippumatta siitä, kuinka rohkeita ne ehkä ovat. Ja tämä on oman metodikäsitykseni kannalta ensiarvoisen tärkeä asia: kuka vain voi heitellä vaikka ja millaisia passiivin varaan rakenneltuja väittämiä siitä, kuinka ”vero-oikeus vinoutuu”, ”rikosoikeudellinen lainoppi on yksipuolista” tai vaikka ”oikeusteoria käsittämätöntä”. Olennaista on se, kykeneekö väitteitään perustelemaan. Luonnollisin tapa perustella Raitasuo esittämiä väitteitä olisi kertoa lukijalle konkreettisesti, *kenen/keiden* Raitasuo katsoo toimivan intressiriitojen alaisessa tutkijapositionissa ja *mihin* heidän väitteistään tämä vaikuttaa. Vasta tämän jälkeen asiasta olisi mahdollista alkaa toden teolla keskustella.

Kaikeksi onneksi tämä on juuri se, mitä Raitasuo myöhemmässä tekstissään (Raitasuo 2018b) tekee; hän käyttää Janne Juuselan ja Henri Telkän VML 28 §:stä esittämiä konkreettisia tulkintakannanottoja esimerkkeinä oikeistolaista ja vasemmistolaista veropoliittista näkemystä edustavista ja keskenään päinvastaisista näkemyksistä. Lisäksi Raitasuo tarkastelee korkeimman hallinto-oikeuden tapauksen 2014:119 ratkaisseiden jäsenten erilaisia työtaustoja itse jäseniä kummallisesti kuitenkin nimeämättä¹⁶⁸. Vielä parempi on tältä osin Raitasuo vuonna 2019 julkaisema tapaustutkimus (Raitasuo 2019), jossa hän ulottaa tarkastelun paitsi yksittäisten vero-oikeustieteilijöiden myös yksittäisten argumenttien ja jopa lähdeviittausten tasolle kyeten varsin uskottavasti esittämään ainakin jonkinlaisia merkkejä ”vinoumista”¹⁶⁹.

Toinen Raitasuo kritiikkiin sisältyvä ongelma – josta hän ei jälkimmäisissäkään teksteissään pääse eroon – liittyy hänen varsin yksipuoliseksi jäävään näkemykseensä oikeudelliseen ratkaisutoimintaan vaikuttavista ”ideologioista” ja ”intresseistä”. Raitasuo ajattelu tuntuu kiertyvän tältä osin varsin materiaalisten, ja vielä tarkemmin taloudellisten näkökohtien ympärille. Tutkijapositioniin liittyvät intressit kiteytyvät työsuhteisiin ja ideologioiden kohdalla puhutaan lähinnä talouspoliittisesta oikeisto–vasemmisto -jaottelusta. Työsuhteiden määrittäminen on toki suhteellisen helppoa, samoin palkkakuittien ynnäily. Talouspoliittisten näkemysten jaottelu edes oikeisto–vasemmisto -janalle alkaa olla jo huomattavasti haastavampaa. Raitasuo soveltaa jälkimmäisen osalta yhdysvaltalaisen oikeustaloustieteilijä Andrew Halen analyysikehikkoa, jossa vaihtoehtoisia verolain tulkintamalleja vertaillaan sen perusteella, miten ne vaikuttaisivat varallisuuden jakoon koko yhteiskunnan tasolla, mikä vero-oikeuden kohdalla on usein ilmaistavissa numeroin.¹⁷⁰

poliittisen *rakenteen* ja *käytännön* välillä. Ja edelleen myös Erikssonin roolin kotimaisen oikeustieteen kehityksessä voi hahmottaa muutenkin kuin vain ”teorian tasolle jääneenä marxismina” (ks. esim. Hirvonen 2018).

¹⁶⁷ Tiitta 2018 s. 481.

¹⁶⁸ Näin Raitasuo osallistuu tavallaan itsekin kritisoimansa ”häveliään vaiteliaisuuden” -kulttuurin ylläpitoon. Jos ajatuksena on tarkastella jäsenten yksilöllisiä eroja, on lukijan vaikea ymmärtää, miksei näitä jäseniä sitten avoimesti yksilöidä. Lisäksi voidaan huomauttaa, ettei jäsenten henkilöllisyyksien selvittäminen toki tuottane yhdellekään lukijalle kovinkaan suuria ponnistuksia.

¹⁶⁹ Raitasuo 2019 erit. s. 711–718.

¹⁷⁰ Raitasuo 2018b s. 375–376 ja 386.

Tässä tutkimuksessa lähdetään siitä, että itse kunkin oikeutta koskeviin näkemyksiin vaikuttavat taloudellisten hyötyjen ja jopa talouspoliittisten käsitystenkin ohella huomattavasti laajemmat maailmankuvalliset näkemykset. Erityisesti rikosoikeuden alueella erilaiset taloudelliset seikat jäänevät tältä osin usein laajempien eettisten ja moraalisten ihmistä ja hyvää elämää koskevien käsitysten varjoon. Tämän tutkimuksen tarkoituksena ei ole selvittää eri rikosoikeudellisten ajattelijoiden maailmankuvia, vaan tältä osin on riittävää pitää mielessä niiden mahdollinen merkitys ajattelijan kannanottoihin. Sen sijaan, että ajattelijoina pyrittäisiin jaottelemaan utilitaristeihin, vasemmistolaisiin tai vaikkapa ateisteihin, keskitytään heidän esittämiensä väitteiden sisältämiin lähtökohtiin. Nähdäkseni Raitasuon vaatimus läpinäkyvyydestä niin kirjoittajan tutkijaposition kuin väitteidensä taustalla olevien lähteidenkin dokumentaatioissa¹⁷¹ edustaa nykymaailmaa, jossa luottamus erilaisten auktoriteettien kykyyn noudattaa toiminnassaan asianmukaista objektiivisuutta on vähitellen varissut yhä harvemmaksi. Kyse on uskoakseni yleisen tason kulttuurisesta muutoksesta, joka näkyy niin oikeustieteellisessä tutkimuksessa kuin viranomaistenkin toiminnassa. Vielä 1900-luvun puolivälissä tavanomainen tilanne, jossa sama henkilö toimii sekä väitöskirjan ohjaajana että vastaväittäjänä herättäisi nykyään epäuskoista päivittelyä. Sen sijaan se, että ihan vakavaakin tieteellistä tutkimusta kirjoitetaan ensimmäisessä persoonassa, ei herätä enää vastaavaa kauhistusta kuin ehkä vielä 1900-luvun puolella¹⁷². Jo tiedekuntaan perustutkinto-opiskelijaksi pyrkivällä on käytössään oikeussuojakeinoja. Pääsykokeita arvostelevalle professorikaa kun ei ole erehtymätön, vaan saattaa tehdä virheellisiä arvioita valintakokelaiden suorituksia arvostellessaan.

Tässä kohdin päästään oikeustieteellisen tutkimuksen tekemisen kannalta hyvin mielenkiintoisten kysymysten äärelle. Ensinnäkin on kysyttävä, kuinka paljon oikeustiedettä kirjoittavan olisi syytä kertoa lukijoilleen esimerkiksi poliittisista, eettisistä tai vaikkapa uskonnollisista näkemyksistään? Märten Knuts aloittaa vuoden 2010 väitöskirjansa *Kursmanipulation på värdepappersmarknaden* tunnustamalla uskoa liberalismiin ja todeten kyseisen ideologiansa koko teoksen kannalta ratkaisevan tärkeäksi. Liberalismin Knuts kertoo merkitsevän itselleen ennen kaikkea vapausihannetta, joka ilmenee uskona sivistyneen perustuslain kautta toteutuvaan yksilönvapauteen sekä vapaiden markkinoiden kautta toteutuvaan elinkeinovapauteen. Itse kurssimanipulaation kieltä koskeva väitöskirja on tullut kirjoitettua, koska kyseiset vapauden ulottuvuudet yhdistyvät juuri kyseisessä teemassa. Kirjan tarkoituksena Knuts kertoo selvittää, vallitseeko yksilönvapauteen liittyvän liberalistisen rikosoikeuskäsityksen ja markkinoiden vapauteen liittyvän liberalistisen markkinakäsityksen välillä tässä yhteydessä perustuva intressikonflikti, vai olisiko näiden pohjalta mahdollista muodostaa koherentti arvopaperimarkkinarikosoikeudellinen ajattelumalli. Mahdollisten ristiriitatilanteiden varalta Knuts toteaa heti alussa asettavansa liberalistisen rikosoikeuskäsityksen (ja

¹⁷¹ Raitasuo 2018a s. 238.

¹⁷² Esim. Juha Lappalainen toteaa vielä Jaakko Jonkan väitöskirjaa vuonna 1992 vastaväittäessään yleiseksi perinteeksi, että ”tieteen kielen tulee olla persoonatonta” siten, että minä-muotoa käytetään vain selkeästi nimenomaan kirjoittajan omista kannanotoista. Yksikön ensimmäisen persoonan käyttö onkin Lappalaisen mukaan omiaan synnyttämään ”jollain tavoin narsistisen vaikutelman”, vaikka hän toteaa kuitenkin väittelijä selittäneen (ilmeisesti siis väitöstilaisuudessa) halunneensa päinvastoin korostaa kyseessä olevan hänen oma panoksensa tieteelliseen keskusteluun. (Lappalainen 1992 s. 144–145) Kulttuuri on muuttunut tältä osin nopeasti. Esim. itseäni kummastuttaa koko asian suhteen Jonkan mahdollisen narsismin sijaan Lappalaisen käsittämättömän ylimieliseltä vaikuttava sokeus oikeustieteilyn tulkinnanvaraisuudelle, jota tekstin pukeminen passiivin muotoon ei omasta mielestäni pelasta millään tapaa. Esimerkkinä eräänlaisesta välimallin ratkaisusta ks. Kaisto 2005, jossa liki jakomielitaitusen oloisesti luvut aloitetaan minä-muotoilla pohdintoilla sijamuodon vaihtuessa kuitenkin passiiviin heti aloituskappaleiden jälkeen. Esim. Aarnio 2006 s. 29 valitsee minä-muodon tietoisesti ajatustensa auttamattomasta subjektiivisuutta korostaakseen.

siihen liittämänsä defensiivisen rikosoikeusideologian) hierarkkisesti liberalistisen markkinakäsityksen (ja siihen liittämänsä offensiivisen rikosoikeusideologian) edelle; ”*Inte ens på den friaste av marknader får rättvisan vara till salu.*”¹⁷³ Tällaiseen ristiriitatilanteeseen Knuts joutuukin lopulta sivulla 264, jossa on tehtävä valinta kahden hahmotellun ja sinällään aivan mahdollisen systemaattisen kurssimanipulaation tunnusmerkistön ymmärtämisen mallin välillä. Valinta kohdistuu Knutsin näkemyksen mukaan nimenomaan defensiivistä rikosoikeusideologiaa vastaavaan vaihtoehtoon. Valinta – ja siinä ideologialle avoimesti tunnustettu rooli – ei poista sitä, että sen perustana on kunnioitettava oikeusdogmaattinen analyysi ja argumentaatio (ks. s. 232–264). Lisäksi valintaa seuraa vielä sen edullisuutta puoltavia argumentteja.¹⁷⁴ Vastaväittäjänä toiminut Magnus Ulväng ei kaikesta huolimatta – mutta niin ikään ”*henkilökohtaisesti*”! – ole lainkaan yhtä avoin Knutsin ajatukselle valinnan jättämisestä henkilökohtaisten preferenssien varaan. Ulvängin mukaan valinta olisi ollut mahdollista perustaa suoraan lakitekstiin.¹⁷⁵ Niin tai näin, lienee selvää, että tilanteessa, jossa Knuts itse kokee suorittavansa valintansa lopulta liberalistisen ideologiansa pohjalta, on tästä ehdottoman oikein kertoa lukijalleen. En epäile, etteikö Knuts olisi halutessaan kyennyt pukemaan valintansa perustelut myös paremminkin lakitekstiin nojaavaan asuun. Itselleni on usein vaikea tarkalleen tietää, millä perusteella erinäisiä valintojani lopulta elämässäni teen – mukaan lukien ”radikaalisti tulkinnanvaraisessa” oikeuden maailmassa.

Tämä kaikki johtaa kysymään, olisiko esimerkiksi tämän teoksen lukija kiinnostunut kuulemaan omista maailmankuvallisista, poliittisista tai vaikka eettisistä näkemyksistäni – ja jos olisi, niin missä määrin? Olisiko minun aiheellista kertoa pitäväni itseäni esimerkiksi talouspoliittiselta suuntautumiseltani varmasti monellakin mittarilla lähinnä kommunistina, joka mielipahaa ja ärsytystä välttääkseen yrittää aktiivisesti olla edes ajattelematta sitä, kuinka ihmeessä voi olla mahdollista, että tässäkin maassa ”täysipäiväisestä” työssäkäynnistä maksettavat palkkiot voivat vaihdella moninkertaisesti? Tai olisiko lukijan aiheellista tietää olevani konservatiivis-fundamentalistinen kristitty, jolle Raamattu – eli *Jumalan Sana* – muodostaa esteen vaikkapa naisen toiminnalle seurakunnan paimenenvirassa? Tai pitäisikö minun tunnustaa olevani moralisti, jonka mielestä hyvän ja oikean ulkoistaminen enemmistön mielipiteen kaltaisten viritelmien varaan on monesti ihmisraukalle pahempaa kuin suoranainen fyysinen kärsimys? Listaa voisi jatkaa pitkään...¹⁷⁶

Oman (ja uskokaa tai älkää, monen monta kertaa koetellun) näkemykseni mukaan edellä mainitut seikat ovat tämän tutkimuksen kannalta kiinnostavia yksinomaan metodisen ymmärrykseni kannalta. Ne on ollut syytä nostaa esiin havainnollisina – ja tosina – esimerkkeinä tutkijan persoonaan varsin syvälle käyvistä seikoista, joita tämä välttämättä kantaa mukanaan. Tutkimukseni sisällön puolesta (eli siis rikosoikeuden ja rikosoikeudellisen huolimattomuuden ymmärtämisen) suhteen edellisillä ei sen sijaan ole uskoakseni kovinkaan suoranaista ja tieteellisesti relevanttia merkitystä. Väitän, että kaikki tässä tutkimuksessa esitetyt väitteet on mahdollista esittää – ja ennen kaikkea perustella – sitoutumatta yhteenkään edellä mainituista näkemyksistä.

¹⁷³ Knuts 2010 s. 3–5 ja myös 24–25 sekä 365.

¹⁷⁴ Valintaa edeltävästä analyysistä ks. Knuts 2010 s. 232–264 ja sitä seuraavista pro-argumenteista s. 264–265.

¹⁷⁵ Ulväng 2010 s. 438–439.

¹⁷⁶ Ks. esim. Hilgendorf 2019, jossa yhteensä 24 (saksalaiseen rikosoikeustieteeseen painottunutta) rikosoikeustieteilijää tekee omaelämäkerrallisesti selkoa urastaan ja akateemisista edesottamuksistaan aina hyvinkin henkilökohtaisiin pohdintoihin vaikkapa siitä, kumpuaako rakkaus musiikkiin päiväkotiohjaajien vaikutuksesta vaiko ei (s. 47). Kotimaisena hieman vastaavana esityksenä ks. Halila–Timonen 2003.

Mikäli joku on asiasta eri mieltä, olen toki enemmän kuin kiinnostunut siitä kuulemaan. Tämän takia tarvitaan tieteellistä *keskustelua*. Yksinäni jään helposti sokeaksi omille vaikuttimilleni.

Edellisistä – lukijan mielestä ehkä kiusallisistakin – paljastuksista päästään toiseen hyvin olennaiseen tutkijan *persoonaan* liittyvään metodiseen seikkaan. Tämä tutkimus on kirjoitettu monilta osin yksikön ensimmäistä persoonaa käyttäen. Samoin siinä tullaan myös viittaamaan muihin tutkimuksiin pitkälti aina kulloisenkin tutkimuksen tekijän kautta. Lisäksi tässä tutkimuksessa esitetään suurta mielenkiintoa sen kaltaisia kysymyksiä kohtaan, kuin ”kuka väitti, koska, millä perusteella ja keihin viitaten?”. Tarkoitukseni on välttää tietoisesti sen kaltaisia ilmauksia kuin ”saksalaisessa lainopillisessa kirjallisuudessa on tapana”, ”modernissa oikeusteoreettisessa keskustelussa katsotaan” tai ”pohjoismaisen tuottamusopin mukaan”. Kyseisenkaltaisissa ilmauksissa lavennetaan niin persoonat kuin aikamääreetkin enemmän tai vähemmän epämääräiseksi sotkuksi itse argumentin pelkistyessä helposti muotoon: ”jotkut ovat joskus ajatelleet näin”. Kun tällaisia perusteluja viljelee riittävän tiuhaan joutuu jossain vaiheessa huomaamaan koko tutkimuksen perustuvan todella hataralle pohjalle.

Oikeuteen ei ole olemassa objektiivista ja ”oikeaa” näkökulmaa – tai ainakaan tässä työssä ei sellaista ole onnistuttu löytämään, enkä sellaista siis halua mennä väittämään. Vielä tarkemmin: en halua ottaa minkäänlaista riskiäkään siitä, että lukija menisi tällaista edes luulemaan. Tämä tutkimus on oma rehellinen näkemykseni siitä, miten rikosoikeudellinen tuottamus olisi suomalaisessa rikosoikeudessa perusteltua ymmärtää. Olen täysin vakuuttunut, että esittämäni on paras lukemistani aihetta koskevista kuvauksista – muussa tapauksessahan en olisi tällaista tutkimusta kirjoittanut, koska haluan kirjoittaa mahdollisimman laadukasta tutkimusta! Aivan yhtä vakuuttunut olen siitä, ettei se ole ainut mahdollinen (eikä mitä luultavimmin siis myöskään loppujen lopuksi paras näistä mahdollisuuksista) – saatikka että siihen olisi päätynyt toinen aiheesta kirjoittanut, mahdollisesti hyvinkin pätevä rikosoikeuden tutkija. Olennaista on se, että kaikki tässä tutkimuksessa esittämäni näkemykset ovat yhtä aikaa ”siekailemattoman subjektiivisia”¹⁷⁷, mutta perusteltuja.

Tämä tutkimus tukeutuu varsin suureen joukkoon aiempia aihetta suoremmin tai epäsuoremmin koskevia tutkimuksia, joista jokaisen on laatinut yksilö, *persoon*a – tai jonkinlainen joukko tällaisia. Tämä tutkimus suhtautuu kriittisesti näihin edeltäjiinsä. Ja kritiikki kohdistuu aina tiettyihin tutkimuksiin, tiettyihin argumentteihin ja näin siis tietyn persoonan (tai persoonien) sanomisiin.

”Tiede” ja sen tekeminen merkitsevät hyvin laajalle skaalalle ulottuvaa mitä erilaisinta toimintaa, josta voidaan luonnollisesti erotella myös tietynlaisia ääripäitä. Esimerkiksi Pirjo Hiidenmaa on maalaillut tältä osin kuvaa yhtäältä samanlaisia ja kalliita metodeita käyttävistä sekä yhteistyön varaan rakentuvista niin sanotuista ”laboratoriotieteistä” ja toisaalta niin sanotusta ”humanistisesta tutkimuskulttuurista”, joka romantiikan aikaan periytyvien yksilön luovuutta ja inspiraatiota korostavien ajatustensa puitteissa ilmenee äärimmillään luomisen tuskassa piehtaroina taiteilijana, jonka tuotanto on ainutkertaista – jopa selittämätöntä¹⁷⁸. Hieman

¹⁷⁷ ”Siekailemattoman subjektiivisia” näkökulmia esittää nimenomaisesti myös esim. Paso 2011 s. 209.

¹⁷⁸ Hiidenmaa 2011 s. 1017–1018. Ks. myös Sillanpää 2011 s. 20, joka erottaa tutkijatyypin ääripäinä ”erakoituneen ja omituisen menninkäisen, joka ei puhu edes toisille tieteenekijöille” sekä tutkimusta ”jopa satojen ihmisten löyhän ryhmän yhtenä lenkkinä” tekevän tutkijan. Salo 2011 s. 37 toteaa suoraa ”kammiossaan yksin puurtavan tutkijan” vähitellen katoavaksi

samantyyppistä jakolinjaa hahmottelee myös Markku Helin todetessaan, ettei oikeustiede ole luonnontieteen tapaan ”keksinnöllinen”, eikä siis ylipäänsä edes tähtää uuden kausaalisen tai tilastollisen riippuvuuden havaitsemiseen, vaan sen sijaan tulkitsee, analysoi ja artikuloi alansa oppitraditiota sitä eteenpäin viedäkseen ja kehittääkseen – hieman samantapaisesti kuin uskonoppinut tulkitsee Sanaa tehdäkseen sen eläväksi kulloisessakin ajassa. Tullakseen vakavasti otetuksi oikeustieteilijän ei siis tule niinkään osoittaa ajatustensa omaleimaisuutta, vaan vähintäänkin yhtä merkittävää on näyttää, kuinka tutkijan ajatukset suhtautuvat alansa traditioon ja kiinnittyvät siihen.¹⁷⁹

Kuten jo edellä on käynyt ilmi, olen oikeustieteen (tai ainakin lainopin) tieteenteoreettisissa linjauksissa monilta osin hyvin samoilla linjoilla Helinin kanssa. Oikeustiede kuuluu laajassa tieteiden kentässä ilman muuta pikemminkin ”pehmeämpään” humanistiseen kuin ”kovien” (kylmä!)laboratoriotieteiden ääripäähän. Romanttis-humanistista ja monella tapaa taidetta lähestyvää oikeustieteilyä ei kuitenkaan tule viedä yhtään sen lähemmäs kontrolloimatonta kaaosta kuin on välttämätöntä. Uskoakseni tähän on olemassa keinoja, joita esimerkiksi Helin – kuten valtaosa muistakaan lainoppineista – ei näytä tunnistavan. Oikeustieteen tutkimusetiikkaa tarkastellessaan Helin toteaa, ettei esimerkiksi anastusproblematiikka ajankohtaistu juuri lainkaan oikeustieteessä. Helin kysyykin, mitä lainopin tutkija ylipäänsä edes kantaisi häntä vastaan esitettyjä anastusväitteitä tutkivan inkvisition eteen. Hänen aineistonsahan makaa kirjastoissa ja arkistoissa sekä tutkijakammioon mahdollisesti kertyneissä enemmän tai vähemmän jäsenytyneissä tutkimuksen teon jättämissä jäljissä! Sinällään tutkimus toki ”materialisoituu” tutkimusraportissa, mutta itse tutkiminen tapahtuu ennen kaikkea tutkijan päässä. Ulkopuolelta käsin onkin Helinin mukaan mahdotonta tarkastella, miten ja miksi (mahdollisesti suurestikin jotain aiempaa muistuttaviin) tutkimustuloksiin on päädytty. Suoran näytön puuttumisen johdosta kysymys tulosten anastamisesta muuttuikin Helinin mukaan mahdottomaksi ratkaista ja sulaa ikään kuin pois oikeustieteellisestä keskustelusta.¹⁸⁰

Nähdäkseni Helinin ajatus tieteeneettisestä anastusproblematiikasta vapaasta oikeustieteestä on paitsi myös varsinkin lainopille mitä vaarallisiin. Tässä tutkimuksessa painotetun eklektisen metodin näkökulmasta se on täysin kestämaton. Eklektikko ei yksinkertaisesti voi lainailla mitä sattuu mistä sattuu ja sen jälkeen todeta lukijalleen, ettei asiasta ole ”laboratoriopäiväkirjoja”, eikä eklektikon päänsisäisiä prosesseja ylipäänsä tulisi lähteä kaivelemaan. Rikosoikeudessa ihmisiä asetetaan päivittäin vastuuseen – jopa vankilaan – muun ohella sen perusteella, mitä heidän ”päänsä sisällä” katsotaan milloinkin tapahtuneen tai jääneen tapahtumatta. Se, että vaikkapa tietämiseksi tai tahtomiseksi nimitettävien ajatusprosessien suora tarkastelu on vaikeaa – tai ehkä mahdotontakin –, ei tarkoita, ettäkö ne voitaisiin

luonnonvaraksi verrattuna nykypäivän ”kansallisen ja kansainvälisen tiedeyhteisön osana työtään tekeviin sosiaalsiin eläimiin, jotka saattavat päivittäin pitää yhteyttä kollegoihinsa ja tiedemaailman ystäviinsä eri puolilla maailmaa”. Ei liene valtava yllätys, että Sillanpää on kirjoitushetkellä työskennellyt kylmälaboratoriossa ja Salo puolestaan matemaatikkona. Asetelman saa käännettyä jälleen päällelleen lukemalla vaikkapa Sari Kivistön ja Sami Pihlströmin (Kivistö–Pihlström 2018 esim. s. 59, 75 ja 93) kuvausta vuosikausia monografiansa kautta paitsi *näkemystään* myös *”elämän ongelmaansa”* työstävästä yksinäisestä tutkijasta. Jälkimmäiset edustavat paitsi humanistis-yhteiskuntatieteellisväritteistä myös konservatiivista – suoranaista romanttista – näkökantaa tieteen tekemiseen. Oman tutkimukseni kautta pitäisi käydä selväksi, että edellä mainituista nimenomaan Kivistön ja Pihlströmin ajatukset resonoivat huomattavassa määrin omaan mielenmaisemaani.

¹⁷⁹ Helin 2015 s. 799.

¹⁸⁰ Helin 2015 s. 799–800. Todettakoon Helinin puolustukseksi, että hän toki sinällään ymmärtää viittaamisen olennaisen merkityksen oikeustieteelle paitsi *tutkimuseettisessä* myös *oikeustieteellisessä* (laadullisessa) mielessä (ks. s. 801–802). Voi olla, että tieteellinen ”anastaminen” on tutkimuseettisen neuvottelukunnan jäsenenä ja varajohtajanakin toimineelle Helinille siinä määrin voimakas termi, ettei hän katso aiheelliseksi edes käsitellä viittaamista tässä yhteydessä.

sivuuttaa. Rikosoikeudessa asia on ratkaistu suuntaamalla katse siihen, mitä syytetty on konkreettisesti tehnyt, ja liudentamalla muun ohella mentaalisia prosesseja koskevat tosiasiat näyttökysymyksiksi – ”prosessuaalisiksi totuuksiksi”. En ole seuraavassa luvussa kiinnostunut saattamaan lainoppineita vankilaan, tai edes tutkimuseettisten inkvisitoiden kuultavaksi. Olen sen sijaan kiinnostunut lainopin *laadusta*. Väitteeni on, että lainoppineella on kyllä käytettävissään varsinaisen ”tutkimusraportin” (eli esittämiensä väitteiden ja niiden välittömien perusteiden) lisäksi myös eräänlainen laboratoriopäiväkirja. Kyse on viittaamisesta. Viiteapparaatti on se kaikkein konkreettisin väline, jolla lainoppinut paljastaa suhteensa traditioon. Viitteiden avulla lukija kykenee näkemään, mistä mitkään ajatukset kumpuavat. Se on kaikessa luotaantyöntävyydessään mitä konkreettisimmin väline estää kaiken inspiraation ja luomisen tuskan vallasta mitä erinäisimpiä ajatuksia yhdistelevää lainoppinutta muuttumasta tiedeyhteisön jäsenestä yksityisajattelijaksi.

5.2.3 Viittaamisesta

Uskoakseni juuri viittaaminen on kouriintuntuvin esimerkki niistä tieteensä laeista, joita juristit von Iheringin mukaan niin huonosti tuntevat¹⁸¹. Huolestuttavinta on se, ettei viittaamiseen liittyviä kysymyksiä ainoastaan tunneta huonosti, vaan se, ettei niistä tunnuta ylipäänsä edes välittävän! Todettakoon heti alkuun, etten tarkoita tässä kohdin sen kaltaisia *muodollisia* yhdentekevyyksiä kuin mihin kukakin pisteitä, pilkkuja tai mitä tahansa muita merkintöjä haluaa viitteidensä kohdalla sijoittaa. Niin kauan kuin lukija voi löytää viittauksen eksaktin kohteen asia ei ainakaan itseäni jaksa kiinnostaa tuon taivaallista. Etenkin kun viittaamisen osalta olisi olemassa läjäpäin tärkeitä, mutta vaille huomiota jääneitä seikkoja! Nyt puheena onkin viittaamisen *sisällöllinen* puoli¹⁸². Aihepiiri on kotimaisessa keskustelussa jäänyt yksittäisten ja hajanaisten huomautusten varaan¹⁸³, enkä nyt kyseessä olevassa esityksessäni kukaan pyri minkäänlaiseen yleispätevyyteen. Kyse on nimenomaan rikosoikeudellista tuottamusta koskevan tutkimukseni tarpeista¹⁸⁴, jotka eivät omaksumani eklektisen metodin johdosta tietysti ole aivan vähäiset.

Viite merkitsee oman tekstin sitomista johonkin toiseen jo olemassa olevaan ja siis aiempaan lähteeseen. Kuten edellä on todettu, ei lainopin harjoittaminen tai ylipäänsä oikeuden ajattelu ole mahdollista ilman jonkinlaista traditioon sitoutumista. Viitteessä olennaista on nimenomaan se, että sitoutuminen on sekä tietoista että julkituotua. Nimenomaisten viitteiden ulkopuolelle jäävän tradition osalta lukija ei voi kuin arvailla sen mahdollista (tiedostettua tai tiedostamatonta, välitöntä tai välillistä)

¹⁸¹ Esim. Siltala 2003 esim. s. 5 on mieltynyt Rudolf von Iheringin nimiin laitettuun moitteeseen, jonka mukaan ”kaikista laeista, joiden parissa juristit työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tieteensä lait”.

¹⁸² Kuten juridiikassa yleensäkin, myös tässä kohdin on aivan turha edes yrittää erotella *sisältöä* ja *muotoa* toisistaan äärimmäisen tarkkarajaisesti. Tiettyjä jakolinjoja voidaan luonnollisesti hahmotella. Luen *muodollisen* puolen asiaksi sen, että lukija kykenee löytämään kulloinkin kyseessä olevan viitteen tarkoittaman tutkimuksen (tai muun tekstin) ja yksilöimään sen. *Sisällöllisen* puolen kysymykseksi katson puolestaan sen, miten ja missä määrin mikäkin viite palvelee tutkimuksessa esitettyä argumentaatiota. Yhtenä vaikeana rajalinjana muodollisen ja sisällöllisen välillä voidaan nostaa esiin vaikkapa viitteissä ilmoitetut (tai ilmoittamatta jätetyt) sivunumerot, jotka lähtökohtaisesti voivat vaikuttaa mitä muodollisimmalta asialta, mutta jotka todellisuudessa usein merkitsevät sisällöllisesti hyvin olennaista indikaattoria siitä, minkälaiseen argumentaatioon viitteen osalta tarkalleen ottaen vedotaan. Kuten jäljempänä ilmenee, olen perin juurin kiinnostunut esimerkiksi juuri sivunumeroista – ja ylipäänsä siis siitä, miltä osin kukin eri tutkimuksista *haluaa* lainailla – tai ylipäänsä edes *ymmärtää* lainailevansa. Huolimatta jakolinjojen häilyvyydestä, on toki mahdollista eritellä tiettyjä ääripäitä. Esim. kysymys siitä kuuluuko vuosiluvun ja sivunumeromerkinnän väliin laittaa pilkkua vai ko ei, kuuluu *mielenkiinnottomiin muodollisuuksiin*. Kysymys siitä, tuleeko tekstissä viitata kirjoittajaan, jolta esitetyt ajatukset ovat peräisin, on puolestaan mitä *olennaisin sisällöllinen* kysymys.

¹⁸³ Nimenomaan sisällöllisestä näkökulmasta viittaamista ovat kotimaisen oikeustieteen piirissä tarkastelleet Nuotio 2005a sekä aivan lyhyesti myös Saarenpää 2006 (lähinnä s. 279–283). Pohjoismaalaisesta keskustelusta on mainittava Zahle 2004 sekä Sandgren 2005–06, joka lienee esityksistä perusteellisin.

¹⁸⁴ Esimerkkeinä niistä harvoista väitöskirjoista, joissa alaviittaamisen tapaa ylipäänsä vakavissaan reflektoidaan ks. Samuelsson 2008 s. 53 alav. 76 sekä Schultz 2007 s. 61 alav. 69.

vaikutusta kulloinkin kyseessä olevan tutkimuksen taustalla. Hermeneutikko on kiinnostunut juuri erilaisten ajatusten taustoista ja historiasta – ”kokemushorisonteista” tai ”esitiedoista”¹⁸⁵. Hermeneuttisesti orientoituneen lukijan kannalta on valtava apu, mikäli kulloisessakin tekstissä tuodaan avoimesti esiin se, millaisiin ajatuksiin tekstissä esitetty perustuu. Eklektisen tekstin kohdalla tämä korostuu, koska teksti nimenomaisesti pitää sisällään hyvinkin erilaista ainesta. Hermeneuttisesti orientoitunut eklektisen tekstin lukija haluaa tietää hyvin tarkasti, mistä kaikkialta mitään ajatuksia on otettu, jotta kykenee paitsi ylipäänsä ymmärtämään ajatuksenjuoksua myös kontrolloimaan sitä, onko yhdistelyssä tapahtunut vaikkapa tarkoitushakuista painottamista tai suoranaista vääristelyä, ja missä määrin erilaiset ajatukset ylipäänsä sopivat yhteen.

Lähteisiin ”sitoutuminen” voi merkitä mitä erilaisimpia asioita¹⁸⁶. Kyse voi olla niin suoranaisten argumentatiivisen tuen hakemisesta, eettisluontoisesta tunnustuksen antamisesta¹⁸⁷, pesäeron tekemisestä¹⁸⁸ kuin lukijan johdattamisesta lisätiedon pariin tai puhtaasta *nice to know* -tyyppisestä heittelystä¹⁸⁹. Ajatus lainopista lukijakuntansa vakuuttamiseen tähtäävänä argumentaationa – tavallaan siis retoriikkana – auttaa näkemään asiassa yhä enemmän ja enemmän nyansseja¹⁹⁰. Esimerkiksi argumentatiivista tukea voidaan hakea edelleen lähdetekstissä esitetystä argumentaatiosta – tai lähteenä käytetyn henkilön tai vaikka teoksen statuksesta. Argumentatiivinen tuki voi myös perustua määrään – siihen, että esitetyn kanssa samansuuntaisia näkemyksiä löytyy useilta muiltakin kirjoittajilta¹⁹¹. Asiaargumentaation sijaan viitteillä voidaan yrittää luoda ethos-tyyppisesti kuvaa laajasta

¹⁸⁵ Esim. Saksassa on 1980-luvulta lähtien (etenkin Diethelm Klippelin teoksen *Juristische Zeitgeschichte* (1985) myötä) kehitelty oikeudellisen ”lähistorian” tutkimussuuntaa (”Juristische Zeitgeschichte” tai ”Rechtszeitgeschichte”), jossa tarkastelu keskitetään nimensä mukaisesti suhteellisen viimeaikaisiin oikeudellisiin muutoksiin – tavallaan paraikaa eletävän oikeudellisen epookin taustoihin. Käytännössä kyse näyttäisi olevan aikaisintaan valistusfilosofian 1800-lukuisen läpilyöntiä taikka maailmansotiin liittyvästä ajanjaksoista – riippuen tietysti siitä, miten kukakin ”läheisyyden” rajaa. Esimerkiksi juuri Saksassa kansallissosialistisen kauden hirvetyt ovat ymmärrettävästi olleet olennainen tutkimuskohde. Ks. Vormbaum 1999 erit. s. 7, 13–28 ja 57; ”*Juristische Zeitgeschichte ist die Rechtsgeschichte der gegenwärtigen Rechtsepoche.*” Tutkimussuuntauksen tavoitteeksi on asetettu esim. edes jonkinlaisen tietoisuuden saavuttaminen nimenomaan tämänhetkistä oikeustilaa koskevasta esiyymmärryksestä ja ennakko-luuloista avartamalla näkökulmaa menneeseen – ja muidenkin kuin vain varsinaisten historioitsijoiden osalta. Kyse on myös ”voimassa olevan oikeuden” historiallisuudesta (Zeitstruktur) muistuttamisesta, mikä nykypäivänä tuntuu helposti unohtuvan yhtenä voimassa olevaan oikeuteen auttamatta kuuluvista aspekteista. Ks. esim. Ramm 1998 s. 587 ja 593, joka katsoo tällaisen riistävän nopeasti naiivin uskon esim. lainkäytön jonkinlaiseen ennakko-luulottomuuteen pakottaen mielellään juuri yksittäistapauksiin jumittuvan lainkäyttäjän kokonaisvaltaisempaan tutkitteluun. Ks. myös Röhl 1994 s. 178, joka toteaa juuri katseen kääntämisen menneisyyteen osoittavan vähintäänkin, ettei asioiden välttämättä tarvitsisi olla siten, kuin ne ovat. Ks. vielä Vormbaum 1999 s. 19, joka muistuttaa omien työtovereiden tai esimiesten tarkastelu vaikeudesta ja siitä, kuinka kukaan ei tietyt voi täysin irrottaa omasta *Lebenswirklichkeit*istään. Tutkimussuuntauksen piirissä on ymmärrettävästi osoitettu suurta mielenkiintoa nimenomaan yksilötason tutkijoihin ja heidän persooniinsa (ks. esim. teokset *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen* (Hilgendorf 2019) sekä *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen* (Hilgendorf 2010), joissa on kyse omaelämäkerrallisista eri tutkijoiden taustoja avaavista teksteistä. Ks. myös *Persönlichkeit und Recht* (Laufs 2001), jossa tarkastelun kohteet ovat hieman vanhempia ja tarkastelijana joku ulkopuolinen).

¹⁸⁶ Esim. Zahle 2004 s. 692–705 tyypittelee sisällöllisten nyanssien perusteella yhteensä seitsemän erilaista alaviiteryhää. Saarenpää 2006 s. 280–282 päätyy omassa alaviitteiden erilaisia sisällöllisiä tehtäviä erittelevässä tyypittelyssään kuuteen alaviitetyyppiin.

¹⁸⁷ Esim. Zahle 2004 s. 694 puhuu ”arvostavasta” tai ”tunnustavasta” viitteestä, jonka viesti on: ”olen lukenut tekstisi, muistan sen ja siitä on ollut tätä kirjoitettaessa hyötyä”. Epäeettisyyden ääriesimerkkinä voidaan mainita plagiaatti, jossa toisen tekemisiä suoraan kopioidaan antamatta tästä alkuperäiselle tekijälleen kunniaa.

¹⁸⁸ Mitä suurempaa roolia erilaiset koulukunnat milläkin juridikaan näyttelevät, sitä olennaisemmaksi nousee usein paitsi se, mihin joukkoihin tunnustaudutaan myös se, mistä halutaan sanoutua irti.

¹⁸⁹ Erilaiset ”ks. aiheesta myös” -tyyppiset viitteet korostuvat pyrittäessä ensisijaisesti antamaan lukijalle (yleis)tietoa jostain aihepiiristä. Esim. Sundström 2011 s. 81 alav. 192 viittaa väitöskirjassaan rikosoikeuden yleisten oppien osalta kahteen kotimaiseen alan yleisoppikirjaan kehottaen lukijaansa katsomaan teosten oikeuskirjallisuuteen ja -käytäntöön kohdistuvat viittaukset. Jo aiemmin (s. 4 alav. 24) Sundström huomauttaa lukijalleen, että ”moraalista on itse asiassa kirjoitettu varsin paljon” todeten asiasta kiinnostuneen voivan aloittaa Hegelin teoksista. Itse viittaaan esim. kokoelmateokseen *Causality in the Science* (2011) vastaavalla tavalla (alav. 1079).

¹⁹⁰ Esim. Mattila 2002 s. 57 huomauttaa myös sanavalinnoilla ja tyyliomuodoilla olevan merkitystä nähtäessä oikeusyhteisö ensisijaisesti vaikkapa juuri jonkinlaisena vakuuttamis-yhteisönä.

¹⁹¹ Saksalaisessa oikeusdogmatiikassa ajatus kanssakirjoittajien määrällisestä tuesta on viety niin pitkälle, että ”vallitseva oppi” (*herrschende Meinung/Lehre*) on suoranaisten käsite, jolla on niin omat lyhenteensä (esim. hM tai h.L.) kuin vahvuusasteensa (esim. ”ganz h.L.” tai ”überwältigend herrschende Lehre” (esim. Schünemann 1999 s. 212)).

tai vaikkapa yksityiskohtaisen täsmällisestä lukeneisuudesta. Mahdollista on myös pyrkiä peittelemään esimerkiksi oman argumentaation heikkouksia vaikkapa loputtoman runsaisiin tai muuten vain sekaviin viitteisiin. Tietyssä mielessä viittaaminen vähentää aina kirjoittajan omaperäisyyttä – sehän merkitsee nimenomaan muiden esille ottamista. Viittaamatta jättäminen voi puolestaan usein olla nopein ja varmin tapa osoittaa oma lukemattomuutensa. Aivan yhtä hyvin saattaa monesti toimia myös vaikkapa epämääräinen viittaus teokseen, jonka tunteva lukija näkee helposti, ettei viittaaja tiedä mistä puhuu. Myös vaikkapa sekundäärilähteiden käyttö voi kirjoittajan toivoman argumentatiivisen tuen sijaan kääntyä lukijan silmissä epäilykseksi työn laadusta tai kirjoittajan ”juridisesta sivistyksestä”.

Tämän kummempi viittausten yleisen tason tyypittely on nähdäkseni oman tutkimukseni kannalta tarpeetonta. Syynä tähän on ensinnäkin viittausten kontekstisidonnaisuus. Viitteet muodostavat osan lainopillisen tutkimuksen argumentaatiota ja niiden kulloinenkin merkitys on auttamatta sidoksissa niiden rooliin ja asemaan tuossa argumentatiivisessa kokonaisuudessa. Toiseksi viittaamisen erilaiset funktiot ja merkitykset eivät esiinny sillä tapaa ”puhtaina”, että viitteitä voisi noin vain lokeroida erilaisiin kategorioihin. Todellisuudessa jokainen viite omaa lukuisia enemmän tai vähemmän painavia suuntiaan jos toiseenkin avautuvia merkityksiä. Esimerkiksi tämän teoksen alaviite 86 kertoo katsovani Tuorin onnistuneen ”kaksoiskansalaisuuden” ajatuksellaan tavoittamaan jotain olennaista oikeustieteen kaksijakoisesta luonteesta tieteen ja käytännön välissä. Hyväksyn Tuorin ajatuksen ja tätä kautta myös tukeudun siihen. Samalla osoitan lukijalleni Tuorin teosten vaikuttaneen ajatteluuni ja ylipäänsä sen, että olen tutkimustani varten lukenut kyseiset opukset. Enkä tietysti malta olla nostamatta esiin myöskään sitä, ettei Tuorin ajatus ole esimerkiksi laajemmassa yhteiskuntatieteiden kontekstissa millään tavoin kovin uusi tai omaperäinen.

Ajatukseni on, että viitteiden takaa aukeaa edellä kuvatuin tavoin valtavan monimutkainen erilaisten tutkimuksellisten ja ajattelullisten sidonnaisuuksien maailma, jonka suhteen kirjoittaja joutuu tekemään enemmän tai vähemmän tiedostettuja valintoja, ja joiden tarkastelu puolestaan auttaa lukijaa ymmärtämään ennen kaikkea kirjoittajan ajattelun taustoja ja suhteuttamaan sitä alan traditioon. Kyseinen maailma on auttamatta liian monimutkainen hallittavaksi yleisluontoisilla kannanotoilla. Lopulta keskeiseen rooliin nousevat pakostakin yksittäiset ja kulloisessakin kontekstissaan olevat viittaukset. Juuri tässä on viittaamista koskevan metodini ydin. Viittaaminen edellyttää huolellisuutta ja hienovaraisuutta. Viiteapparaatti ei ole jonkinlainen välttämätön paha, jonka voi kursia itse tutkimuksen jo valmistuttua kokoon ainoana tarkoituksena välttää tutkimuseettinen vastuu – ja ehkä vielä hieman parantaa tutkimuksen vakuuttavuutta. Sen sijaan kyse on mitä kallisarvoisimmasta lainoppineen työvälineestä, jonka tulisi olla mukana lainopin harjoittamisessa jatkuvasti. Juuri tarkasti mietittyjen viitteiden avulla lainoppinut kykenee luomaan sellaisen ”persoonallisen suhteen traditioon”, josta edellisessä kappaleessa puhuttiin. Viittaaminen merkitsee ”sitoutumista” – *vuoropuhelua* tradition kanssa. Kun tämä tapahtuu tekstistä ilmenevällä tavalla, avautuu myös lukijalle mahdollisuus tarkastella kyseistä suhdetta.

On olennaista huomata, että puhun *viittaamisesta* (aivan kuten edellä *traditiostakin*) hyvin laajassa merkityksessä. Kyse ei ole alaviitteisiin tai niin sanottuihin tekstin sisäisiin viitteisiin pelkistyvästä toiminnasta, vaan ylipäänsä nimenomaisesta toisten

tekemisten esille nostamisesta. On pitkälti tutkimustyyllinen seikka, missä määrin tässä haluaa hyödyntää erilaisia viittaamisen tapoja. Olennaista on se, ettei oikeutta perustavanlaatuisesti yhteisöllisenä ilmiönä ole mahdollista tutkia ilman muita. Esimerkiksi tässä työssä omaksuttu ajatus oikeudesta ”radikaalisti tulkinnanvaraisena” valtavaa määrää mitä erilaisimpia sitoumuksia edellyttävänä ilmiönä, jota vieläpä tutkitaan eklektisesti erilaisia näkökulmia huomioiden edellyttää siinä määrin nyansoitua viittaamista, etten osaa ajatella tähän muuta keinoa kuin paikoin massiivisenkin alaviitejalan hyödyntämisen. Tätä kautta toivon onnistuvani pitämään itse leipätekstin edes jossain määrin luettavana.

Nyansoitunut suhtautuminen viittaamiseen johtaa siihen, että pelkkien niin sanottujen ”osoiteviitteiden”¹⁹² käyttö jää melko vähäiseksi. Tässä tutkimuksessa ollaan varsin harvoin sellaisessa tilanteessa, etteikö viittaaminen toiseen tekstiin ja toisiin ajatuksiin edellyttäisi jonkinlaista täsmennystä asiaan liittyvästä kontekstista tai ylipäänsä siitä, mitä viitteen kautta halutaan lukijalle kertoa. Itseni kannalta kyse on persoonallisen äänen säilyttämisestä kaikkien tähänkin työhön sisällytettyjen lähdeostosten – ja ajatusten – keskellä. Lukijan kannalta kyse on (toivon mukaan edes hieman paremmasta) mahdollisuudesta ymmärtää, mitä erilaisin viittauksin milloinkin tarkoitan. Samalla viitteet mahdollistavat edes jonkinlaisen tiedon siitä, millaisiin premisseihin esittämäni ajatukset ja tutkimuksessa tekemäni mitä moninaisimmat valinnat perustuvat. Tältä osin kyse on transparensista – *läpinäkyvyydestä*¹⁹³. Sinällään tämä(kin) tutkimus sisältää kaikenlaisia viittauksia aina *nice to know* -tyyppisistä lisäyksistä koko argumentaation kannalta ratkaisevan tärkeisiin viitteisiin – ja kaikkea mahdollista tältä väliltä!

Lopuksi on vielä syytä nostaa esiin, että esimerkiksi ”alaviittaaminen” voi kohdistua myös omaan tekstiin. Alaviitteessä voidaan nostaa esiin vaikkapa jokin ”leipätekstin” argumentaatiota täsmentävä näkökanta tai vaikka sitä vastaan puhuva päinvastainen argumentti. Tässä mielessä alaviitejalka tarjoaa kirjoittajalle mahdollisuuden moniääniseen kerrontaan. Sitä kautta on myös mahdollista avata sellaisia sivupolkuja ja jatkokehitelmiä, joihin ei leipätekstin puitteissa ole mahdollista mennä. Kyseisillä tyylillisillä ja kerronnallisilla seikoilla ei toki ole suoranaisesti mitään tekemistä ”viittaamisen” kanssa tekstin ja kirjoittajan ulkopuolisten ajatusten esille nostamisena.

Viittaamiseen liittyvät pohdinnat ovat omiaan konkretisoimaan niitä lainopin suuntaviivoja, joita olen tähän asti hahmotellut. Niiden kautta yhä kouriintuntuvammaksi muodostuva kuva lainopin maailmasta on uskoakseni myös omiaan tekemään pohdiskelijansa varovaisemmaksi – ehkä suorastaan kyyniseksi – lainopin saralla markkinoitavien totuuksien suhteen. Sukellus lainopilliseen traditioon ja oppihistoriaan kun näyttäisi toisinaan antavan hyvin erilaisen kuvan asioiden laadusta, kuin mitä vaikkapa yksittäisten tutkimusten viittausapparaatit tahtovat paljastaa. Kaikki tähän asti sanottu suorastaan huutaa sitä, kuinka *häilyvää* lainopillinen tieto lopulta on.

¹⁹² ”Osoiteviitteistä” puhuu Saarenpää 2006 s. 280 tarkoittaen pelkästään viittauksen kohteen yksilöintitiedot sisältävää viitettä (esim. ”Saarenpää 2006 s. 280”). Saarenpää toteaa tämänkaltaisten viitteiden soveltuvan lähinnä sanatarkkoihin tai muutoin yksiselitteisiin lainauksiin muistuttaen, että muissa tapauksissa olisi viitteeseen sisällytettävä enemmän tietoa, esimerkiksi sen asiayhteydestä. Saarenpää katsoo tyypillisimmäksi viitteiden käytössä (siis ainakin tutkielmatasolla) esiintyväksi virheeksi juuri pelkkien osoiteviittausten runsaan käytön.

¹⁹³ Transparensilla voi yleisesti tarkoittaa tekijää, joka mahdollistaa tiedon ratkaisun premisseistä mukaan lukien sen, mitä eri vaihtoehtoja on harkittu ja miten lopputulokseen on päädytty. Jussi Syrjänen korostaa tuomioistuinten oikeudellisten ratkaisujen oikeellisuuden arvostamisen eli kontrolloitavuuden edellyttävän tätä. Lisäksi Syrjänen huomauttaa läpinäkyvyyden edellyttävän ratkaisujen premisien julkisuuden lisäksi myös niiden *ymmärrettävyyttä*. (Ks. Syrjänen 2008 s. 88–90) En itse näe tältä osin mitään olennaista eroa tuomarin ja tutkijan välillä.

5.3 TEESI 3: Rehellinen nöyryys ja ymmärtävä kriittisyys

5.3.1 Rehellisyys ja nöyryys

Oikeuden ”modernisuutta” (tai myöhäismodernisuutta) on mahdollista lähestyä useista eri näkökulmista. Yhtenä, ja tämän teoksen näkökulmasta hyvin luontevana, mahdollisuutena on lähteä liikkeelle nykyisin vallitsevasta – eli siis ”modernista” – ja oikeudellisen ajattelun kannalta hyvin perustavasta näkemyksestä, jonka mukaan oikeuden maailmasta ei ole löydettävissä ”yhtä ainoaa totuutta”, yhtä ainoaa oikeaa ratkaisua¹⁹⁴. Oikeus ei toisin sanottuna ole hallittavissa vaikkapa *loogisena subsumtiona*¹⁹⁵, vaan se sisältää harkinnanvaraisia elementtejä, jotka tekevät perustavanlaatuisen yhteisymmärryksen pääsemisen mahdottomaksi.

Moderni oikeus – mukaan lukien moderni rikosoikeus, ja myös oma tutkimukseni – on mahdollista nähdä yrityksenä elää tämän monella tapaa hyvin ikävän asian kanssa. Totuuden häviämiseen – tai hävittämiseen – liittyy nimittäin lamaannuttava nihilistinen piirre; *jos kaikki (tai edes usea keskenään hyvin erilainen vaihtoehto) käy, onko millään enää mitään väliä?!*

Relativismin aiheuttamasta nihilismistä on mahdollista pyrkiä eroon usein eri tavoin. Edellä on jo mainittu Michael Pawlikin löytävän oman turvansa lainopillisten totuuksien aika- ja ehkä myös yhteiskuntasidonnaisuudesta – historismista; voimassa olevaa oikeutta koskevia kannanottoja antava taho voi luottaa siihen, että kannanottoja odottava yleisö voi vaatia häneltä vain oman aikansa ja argumentaatiostandardiensa valossa mahdollisimman hyvin perusteltuja kannanottoja.¹⁹⁶ Jo edellä niin ikään käsitelty Markku Helinin ajattelu tulee nähdäkseni monessa suhteessa lähelle Pawlikin ajatuksia Helinin painottaessa kuitenkin enemmän traditiota ja sitä, kuinka lainoppinut voi tyytyä – ja hänen tuleekin tyytyä – rakentamaan tämän varaan ainoastaan varovasti uutta. Kotimaisen lainopin tasolla vallitsevan teorian asemaa nauttivan (ja ennen kaikkea Aulis Aarnion nimiin laitetun) argumentaatioteorian puitteissa puheen *oikeasta* ja *väärästä* voi yrittää miedontaa *enemmän* tai *vähemmän perustelluksi*, jolloin huomio saattaa samalla siirtyä enemmistön mielipiteen tai ”rationaalisen perusteltavuuden” kaltaisiin seikkoihin – mitä näillä sitten ikinä tarkoittaakaan (tästä enemmän tutkimukseni Osassa I).

Yhtenä mahdollisuutena nihilismin välttämiseen – tai edes vastustamiseen – on turvautuminen etiikkaan. Tämän tien on kotimaisessa oikeusteoriassa valinnut esimerkiksi Susanna Lindroos-Hovininheimo. Vuoden 2011 väitöskirjassaan *Despairing Justice and the Ethics of Legal Interpretation* Lindroos-Hovininheimo lähestyy modernia oikeutta piinaavaa monitulkintaisuuden ongelmaa ei vain

¹⁹⁴ Kyseinen käsityskanta voi tietysti ilmetä hyvin erilaisina variaatioina. Ks. esim. Kaisto 2005 s. 465, 473–474 ja 479–480, joka rakentaa (varallisuus)oikeusajattelunsa nimenomaan aukottoman ja ristiriidattoman oikeusjärjestyksen olemassaolon varaan todeten kuitenkin, ettei tällaista järjestelmää tai sen mukaista (ja siis *oikeaa*) oikeudellista ratkaisua välttämättä koskaan todellisuudessa onnistuta löytämään – tai ainakaan tunnisteta löydetyksi. Kyse on yhden oikean ratkaisun -opin hyväksymisestä ”rakenteellisessa” mielessä – määritelmällisestä ratkaisusta, jonka varassa oikeustiedettä (tai ainakin siis varallisuusoikeudellista lainoppia) on Kaiston näkemyksen mukaan mielekästä harjoittaa.

¹⁹⁵ Tämä ei toki tarkoita, etteikö oikeudellinen ajatuksenkulkua *jälkeenpäin* olisi mahdollista pukea haluttuun, vaikkapa subsumtion, asuun. Tuomioistuinratkaisujen osalta ks. esim. Paso 2009 s. 193–194, joka jo mainitiin tavoin puhui tuomioiden jälkikäteisestä pukemisesta ”kunniakkaan kuvauksen” muotoon – *retorisesti esitettävästä logiikasta*, jossa ratkaisu, johon todellisuudessa on päädytty jotenkin aivan muuten, esitetään johdonmukaisesti vaiheesta toiseen etenevänä päättelyketjumaisena kokonaisuutena.

¹⁹⁶ Samanlaiseen ajatukseen näyttää päätyneen kotimaisen rikoslainopin saralla myös Jussi Tapani. Ks. Tapani 2016a s. 439–440, 442 ja 446, jossa hän (juurikin Pawlikiin viitaten) tyytyy tavoittelemaan vain *tietyllä hetkellä* parhainta mahdollista rikoksen rakennemallia.

oikeuden, vaan ylipäänsä kielen tulkinnanvaraisuuden näkökulmasta. Ongelmana on toisin sanottuna se, miten tekstin ja sen merkityksen välille on mahdollista rakentaa yhteys – miten kielen välityksellä ilmenevää oikeutta on mahdollista tulkita siten, että vältetään kummatkin aihetta koskevat ääripäät eli yhtäältä ajatus siitä, että sanoilla voisi olla tiettyyn objektiin viittaava ja siis yksi ainoa oikea merkitys (*magic*) ja toisaalta siitä, että kielellinen tulkinta merkitsisi pelkkää vallankäyttöä vailla sen suurempia merkityksiä (*crisis*). Lindroos-Hovinheimon valitsema tie näiden modernia oikeutta vaanivien ääripäiden välistä käy etiikan ja siihen liittyvän vastuun kautta, mihin nimenomaan kielen joustavuus ja epämääräisyys myös lopulta luovat mahdollisuuden; tulkinta on aina *valinta*, jonka joku jollakin hetkellä jossain tekee. Ja valinnan mukana seuraa vastuu.¹⁹⁷

Kyse on niin hermeneutiikan kuin Emmanuel Levinasin filosofiankin inspiroimasta ajatuksesta, jonka mukaan kaikki ymmärtäminen edellyttää lopulta *halua* ymmärtää, mikä puolestaan merkitsee kahtalaisen eettisen vastuun täyttämistä. Ensinnäkin tulkitsijan on oltava uskollinen itse tekstille eli lukemalleen tai kuulemalleen – sille, mitä hän ryhtyy tulkitsemaan (*textual responsibility*). Toiseksi tulkitsijan on pidettävä mielessään myös tulkintatilanteen laajempi kontekstuaalinen puoli; se, millaisia vaikutuksia tulkinnalla on (*situational responsibility*).¹⁹⁸ Edellä mainitut oikeuden tulkittamisen eettiset elementit merkitsevät kahta eri aspektia yleiselle *kutsulle* tehdä oikeudenmukaisia valintoja¹⁹⁹. Hyvin olennainen seikka Lindroos-Hovinheimon eettisessä tulkintateoriassa on se, ettei hän suostu määrittelemään tämän seikkaperäisempiä kriteeristöjä tai edes suuntaviivoja oikeudelliselle tulkinnalle. Ensinnäkin tällainen olisi hänen mukaansa mahdotonta, koska kaikki oikeuden tulkintaa koskevat normistot ovat lopulta kyseenalaistettavissa ja myös kaadettavissa. Ja näin niiden myös siksi toisekseen tuleekin olla. Muu johtaisi Lindroos-Hovinheimon mukaan hedelmättömään dogmatismiin, jonka vaarana on demokraattiseen yhteiskuntaan sisältyvän avoimuuden ja vapaan eri mieltä olemisen mahdollisuuden menettäminen. Se, että oikeudenmukaisuus jää lopulta tarkemmin määrittelemättä onkin nähtävä positiivisena asiana – itse asiassa se on ylipäänsä oikeudenmukaisuuden edellytys!²⁰⁰

Mikä tekee tieteestä tiedettä – mikä on tieteelle ominaista yleisellä tasolla? Jos asiaa kysyy kaiken edellä mainitun epävarmuuden kanssa kamppailemaan tottuneilta 2000-luvun juristeilta, voi vastaukseksi hyvinkin saada jotain, mikä ei ehkä tiedettä

¹⁹⁷ Lindroos-Hovinheimon 2011 s. 1, 8–9, 15 ja 59–60 ja 185–187. Samaan tapaan ks. Rentto 1988 s. 42, joka toteaa kaiken ihmistoiminnan sisältävän tarkoituksia ja arvoja – niin myös oikeutta koskevien kannanottojen. Oikeustieteen osalta tämä korostaa avoimuutta ja rehellisyyttä siinä argumentaatiossa, mikä minkäkin tulkinnan tai valinnan puolesta tai vastaan esitetään. ”It follows from the necessarily purposive character of the action of the individual human being that law is in all its aspects necessarily purposive and consequently evaluational.” (s. 44)

¹⁹⁸ Lindroos-Hovinheimon 2011 s. 172–173 ja 180–189. Juuri erilaisuuden kunnioittamista ja vastuun ottamista painottavasta Levinasin etiikasta ks. myös Lindroos-Hovinheimon 2007, Minkkinen 1998 s. 253–257 sekä Forstorp 2005, jossa Levinasin ajattelua peilataan ennen kaikkea yhdenvertaisuustematiikkaan. Levinasin filosofia on 2000-luvulla herättänyt kiinnostusta oikeusteorian lisäksi myös yhteiskuntateoriassa, taloustieteessä ja politiikan teoriassa (ks. Forstorp 2005 s. 729). Ks. vielä Hankamäki 2008 s. 83–162, joka korostaa Levinasin ajattelun osalta juuri etiikan asettamista *prima philosophiaksi* (esim. tavanomaisen ontologian tai metafysiikan sijaan) – ei kuitenkaan sen määrittelemisen kautta, vaan sille merkitys löytämällä (s. 96–97).

¹⁹⁹ Lindroos-Hovinheimon 2011 s. 184 ja 189–190; ”the demand for justice” ja ”need for justice echoed throughout the law”. Tässä tullaan hyvin lähelle edellä jo etenkin Ari Hirvosen nimiin laitettua ajatusta itse kutakin niin ikään *kutsuvasta* oikeudesta.

²⁰⁰ Lindroos-Hovinheimon 2011 s. 237–240 ja 246–247. ”Even if we do not want to define justice and have to contend that it has a taste of death, it should not lead to despair. On the contrary, openness is a prerequisite for dissenting voices to be heard.” (s. 241) ”The crisis is not a crisis after all.” (s. 250) Tässä tullaan puolestaan hyvin lähelle mm. Kimmo Nuotion jo aiemmin rikosoikeuden saralla esittämiä ajatuksia. Ks. Nuotio 1998 s. 15–16, jossa lainsoveltamistilanteisiin liittyvää peruuttamatonta argumentatiivista avoimuutta ei ymmärretä puutteeksi oikeuden koherenssissa ja kiinteydessä tai edes ilmaukseksi peruuttamattomasta oikeudellisen ratkaisun indeterminanssista. Sen sijaan Nuotio näkee argumentatiivisen avoimuuden eduksi, joka mahdollistaa oikeuden soveltamisen inhimillisen mittapuun mukaan sekä juuri *oikeudelliselle lainsoveltamiselle* tyypillisen objektiivisuuden, joka toki on asteeltaan heikompaa kuin esimerkiksi väitelauseiden totuus luonnontieteissä.

ajateltaessa ensimmäisenä tulisi mieleen, nimittäin *asenteen*. Suuren osan elämästään arvoja koskevien väittämien totuusarvon ja rationaalisuuden selvittelyyn käyttänyt²⁰¹ Nils Jareborg kiteyttää asian hienosti:

”Det finns ingen allmän vetenskaplig metod. ... Det som är gemensamt för all vetenskap är den vetenskapliga inställningen: att inte sluta att fråga ”Varför?” förrän man för tillfället är nöjd eller inte har tid eller möjlighet att hålla på längre. ... Vetenskap är i grunden ett välfärdsprojekt, även om den i praktiken ofta är ett maktprojekt.”²⁰²

”Det finns inget gemensamt för det som i dag går under beteckningen ”vetenskap” – ingen särskild enhetlig metodik, ingen särskild förmåga att prestera sanna satsar – utom kanske en strävan till intellektuell hederlighet: att ständigt vara beredd att ändra uppfattning på rationella grunder. ... Vetenskap kännetecknas mer av *vad* folk sysslar än *hur* de gör det, även om det finns vissa begränsningar i fråga om hur vetenskap får bedrivas.”²⁰³

Rehellisyyden ohella muina tieteelle ominaisina asenteina voidaan mainita ainakin *uteliaisuus*, *kriittisyys* ja *nöyryys*²⁰⁴, joista jälkimmäiseen palataan seuraavassa kappaleessa.

Metodologiasta lähtevät tieteellisyys määrittely-yritykset jäävät jo pelkästään oikeustieteen saralla auttamattoman vaillinaisiksi. Kyse ei ole pelkästään siitä, että oikeustiede yhdistelisi useita erilaisia, usein muilta tieteenaloilta lainattuja metodeja. Kyse on paljon perustavanlaatuisemmasta metodisesta hajaannuksesta – siitä, että jokaisella oikeustieteilijällä, ja etenkin lainoppineella näyttäisi olevan lopulta ikioma metodinsa oikeuden tutkimiseen. Havainnollisen esimerkin asiasta kotimaisen oikeustieteen saralta tarjoaa osuvasti otsikoitu *Minun metodini* -kokoelma (1997), jossa 18 suomalaisen oikeustieteen eturivin tutkijaa avaa omaa oikeuden tutkimisen metodiaan. Jos teksteistä voi kokonaisuutena jotain oppia, lieene se siinä, ettei mitään kovinkaan yhtenäisiä metodeja ainakaan alan huippututkijoiden keskuudesta ole löydettävissä²⁰⁵. Oikeuden tutkimiseen – oikeuden ymmärtämiseen – ei ole olemassa valmista tapaa, jota seuraamalla päätyisi välttämättä sen parempiin tai huonompiin tuloksiin kuin jotakin muuta tapaa seuraamalla. Ja silti jonkinlainen tutkimisen tapa on aina valittava! Ja edelleen, ne oikeutta koskevat väittämät, tai ”tutkimustulokset”, joita itse kukin kulloinkin valitseman tapansa nojalla esittää, ovat usein mitä merkityksellisimpiä. Esittäjänsä asemasta riippuen ne saattavat loukata paitsi yksittäisiä tutkijakollegoita myös oikeusyhteisöä tai muuta yleisöä laajemminkin. Ne saattavat auttaa muita näkemään aivan uudenlaisia piirteitä oikeudessa tai perustella, miksi toisia ihmisiä on oikein tappaa kaasukammioissa. Niiden perusteella yhtä rangaistaan ja toista ei.

²⁰¹ Näin Jareborg itsekin elämäntyötään luonnehtii (Jareborg 2004 s. 9). Kaikki tiede lepää Jareborgin mukaan lopulta arvojen varassa. Jokainen faktaväittäjä edellyttää arvostelmia. Ei ole olemassa neutraalia rationaalisuuskäsitystä, vaan jokainen rationaalisuusjärjestelmä ja rationaalisuutta koskeva käsitys ovat seurausta arvostelmista ja omaavat metafysisen taustan. Tosiasiat ja arvostelmat edellyttävät siis vastavuoroisesti toisiaan! (ks. Jareborg 1992 s. 26 ja 30 sekä Jareborg 1974–1975/2008 s. 458–459)

²⁰² Jareborg 2008 s. 500.

²⁰³ Jareborg 1974–1975/2008 s. 496 ja 498.

²⁰⁴ Esim. Frände 2004 s. 97 näkee *uteliaisuuden* kaiken tieteellisen toiminnan peruslähtökohtana. Sandström 2004 s. 238 puhuu puolestaan ”talttumattomasta pyrkimyksestä ymmärtämiseen”. Sajaman 2016 s. 16–18 ja 22 valinta ”tieteellisyyden” olemuksen ilmaisemiseksi yhdellä sanalla olisi puolestaan *kriittisyys*, jolla Sajama tarkoittaa ”terveesti skeptistä” sekä ”uteliaasti kokeilevaa”. Aarnio 2006 s. 233 kiteyttää puolestaan tieteelliseksi asenteeksi ”pakottoman ja spontaanin nöyryyden”.

²⁰⁵ Havaintoni jakaa esim. Hyttiinen 2015 s. 25. Siltala 2003 s. 464–465 katsoo kokoelman paljastavan paitsi suomalaisen oikeustieteen metodisen kirjon ja moninaisuuden myös itseymmärryksen ohuuden ja epävarmuuden.

Oikeuden monimutkaisuuden ja siihen sisältyvien valintojen runsauden rehellinen myöntäminen vetää hiljaiseksi. Se nöyryyttää. Se saa jokaisen asiaa vakavissaan lähestyvän kysymään yhä uudelleen ja uudelleen; *onko asia nyt varmasti niin kuin väitän? Olenko nyt varmasti ymmärtänyt oikein? Olenko nyt varmasti valinnut oikein? Mikä minä oikeastaan edes olen esittämään näitä väitteitä? Tiede ei voi pelätä, tai edes vieroksua tämänkaltaistenkaan kysymysten esittämistä.* Sen sijaan tieteen tekijän on mietittävä tarkkaan, milloin katsoo saavuttaneensa kulloisiinkin kysymyksiinsä *riittävät* vastaukset. Lisäksi hänen olisi vielä säilytettävä valmius muuttaa niin kysymyksiään kuin vastauksiaankin, mikäli tähän ilmenee perusteita. Muussa tapauksessa tiede saattaa arvaamattoman nopeastikin muuttua silkaksi ja silmittömäksi vallankäytöksi.

Kaiken edellisen perusteella en näe mitään mahdollisuutta, että oikeuden *rehellinen* tutkiminen voisi lopulta johtaa muuhun kuin sen *nöyrään ihmettelyyn*. Ihmetys saa luopumaan *”totuuden omistajan”* juhla-vaatteista ja vyöttäytymään *”totuuden kerjäläisen”* ryysyihin²⁰⁶. Kyse ei ole kerran tehtävästä valinnasta, vaan ryysyt on puettava uudelleen kerta toisensa jälkeen – ne on niin sanotusti ansaittava joka päivä.

5.3.2 Ymmärrys ja kriittisyys

”Nöyrä ihmettely” ei kuitenkaan ole se todellisuus, jossa tiede – etenkin oikeustiede – elää. Tämäkin tutkimus tullaan koettelemaan akateemisessa tilaisuudessa, jossa tutkimuksessa esitettyjä väitteitä pyritään kritisoimaan, tai ne pyritään kaatamaan kokonaan. Vastakkainasettelu kuuluu tieteeseen. Se on välttämätön keino kontrolloida itse kunkin tieteellisiä tekemisiä. Se, tapahtuuko tämä ”kunnioittavassa ilmapiiressä”, ”hyvässä hengessä” tai jossain muussa vastaavassa, on lopulta melko lailla yhdentekevää – ainakin sen rinnalla, viekö vastakkainasettelun varaan rakennettu kontrollimekanismi tieteellistä keskustelua tavalla tai toisella eteenpäin, tai niin sanotusti kohti totuutta. *Vastakkainasettelu* johtaa aivan samoihin teemoihin, kuin mitä on käsitelty edellä jo *moniäänisen keskustelun* ja myös *vertailun* kohdalla. Nyt onkin syytä suunnata huomio siihen, mitä ymmärrän oikeustieteellisellä *kritiikillä*²⁰⁷.

Oikeuden tutkiminen on yhtäältä kaikessa epämääräisyydessään, mutta toisaalta mitä suurimmassa käytännöllisessä ja yhteiskunnallisessa merkityksessään mitä alttein niin riitojen kuin erilaisten koulu- ja kuppikuntienkin syntymiselle. Erityisesti lainopillinen riitely on lapsellisen helppoa, kun ottaa huomioon sen erilaisten sitoumusten valtaisin määrän, jota oikeutta koskevien vähänkään konkreettisempien väittämien esittäminen välttämättä edellyttää. Näiden sitoumusten ja ylipäänsä oikeutta koskevien näkökulmien välillä liikkuen on aina löydettävissä asetelma – *perspektiivi* –, josta vaikkapa tiettyä tutkimusta on mahdollista lyödä niin sanotusti kuin vierasta sikaa. Kun ottaa vielä huomioon oikeudellisen argumentaation retorisen luonteen ja tästä seuraavan sisällön ja tyylin välisen vuorovaikutussuhteen, voi muiden tekemisiä aina kritisoida vähintäänkin *tyylittömiksi*. Esimerkiksi sian lyömiseen liittyvää metaforaani voi varmasti arvostella tyylittömäksi mitä erilaisimmin perustein²⁰⁸. Yhtälailla metaforaani voi kehua vaikkapa suomen kielen

²⁰⁶ ”Totuuden kerjäläisyydestä” sen ”omistajuuden” sijaan ks. esim. Syrjänen 2008 s. 273.

²⁰⁷ *Kritiikki* kuuluu tieteeseen ja sen vapauteen. Tieteen tekijä ei voi alkaa kumarrella ketään. Oikeustieteilijä ei voi olla vaikkapa ”valtion renki” – siinä, missä se ehkä tuomarille vielä sallitaan. Ks. tähän liittyen rikosoikeustieteestä ja kritiikistä esim. Minkinen 1992 s. 722 ja 726, jossa päädytään lopulta epätietoisuuteen: ”Tiede on nimestään huolimatta aina tullut paremmin toimeen kysymyksen kuin vastauksen kanssa.” (s. 730)

²⁰⁸ Esim. Nieminen 2002 s. 111 kritisoi *Kirjoitetaan juridiikkaa* -teoksen (Husa–Mutanen–Pohjolainen 2001) tyylitajua siitä, että teoksessa viitataan Umberto Ecolta peräisin olevaan esimerkkiin, jossa sika päättyy kokonaisuudessaan syötäväksi. Niemiseltä

värikkään sika-sanontojen perinteen²⁰⁹ vaalimisesta, kotimaisen oikeuskielen rikastamisesta, tai jostain ihan muusta. Sian sijaan kannattaa yrittää kuitenkin keskittyä *vierauteen*. Ajatukseni on nimenomaan se, että vierasta eli erilaista ja omasta näkökulmasta siis kummallista on aina helppoa myös kritisoida.²¹⁰ Erilaisista perspektiiveistä – tai ehkä pikemminkin *konteksteista* – juontuvaa vierautta voi tietysti *toisiin* suunnatun kritiikin sijaan hyödyntää myös vaikkapa esiintymällä *itse* kulloinkin imartelevassa valossa; esimerkiksi juristien keskuudessa filosofina ja filosofien keskuudessa juristina – tai vaikka saksalaisen rikoslainopin asiantuntijana Suomessa ja suomalaisen rikoslainopin asiantuntijana Saksassa. Kuten Aulis Aarnio huomauttaa, on tällainen tietysti paitsi helppo myös helposti tutkimuseettisesti halpamaiseksi muodostuva tie²¹¹.

Ehkä selkeimpänä aihetta koskevana esimerkkinä voidaan käyttää jo edellä käsiteltyä lainopillisessa tutkimuksessa esiintyvää teoreettinen–käytännöllinen -jatkumoa. Mitä etäämmälle kritiikin kiintopiste asetetaan kyseisellä jatkumolla suhteessa kritiikin kohteeseen, sitä helpommaksi kritisointi käy. Toisin sanottuna, mitä tahansa lainopillista tutkimusta voi pitää – täysin perustellusti! – vähintäänkin joko teoreettisesti köyhänä tai käytännölle vieraana. Edelleen jokaista lainopillista tutkimusta voi – ja edelleen täysin perustellusti – syyttää oikeusteoreettisesta tai -filosofisesta näkökulmasta yksinkertaisiksi kyhäelmiksi, joissa kaikki aidosti vaikeat ja mielenkiintoiset vaikkapa vapaaseen tahtoon tai syy–seuraus -suhteisiin liittyvät ongelmat vain sivuutetaan.

Asiaa voi havainnollistaa Ari-Matti Nuutilan ja Kimmo Nuotion käytännössä samaan aikaan laadituilla väitöskirjoilla, joista molemmat käsittelevät rikosoikeudelliseen vastuuoppiin kuuluvia niin sanotun *objektiivisen syyksilukemisen* kysymyksiä. Tulen palaamaan kyseisiin tutkimuksiin useamman kerran vielä myöhemmin, mutta käytän niitä nyt jo tässä vaiheessa havainnollistaakseni edellä sanomaani.

Molempia teoksista voi pitää kotimaisen rikoslainopin merkkitapauksina, joiden varassa lepää pitkälti yhä vielä tänäkin päivänä se, millä tavoin ”modernin rikosoikeuden” vaarantamiseen ja tuottamukseen liittyviä kysymyksiä lainopillisessa keskustelussamme ylipäänsä edes hahmotetaan. Kyse on kahdesta 1990-luvunkin mittapuulla kunnianhimoisesta tutkimuksesta, joita lukiessa nykypäivän väitöskirjoja koskeviin tavoiteaikoihin ja -sivumääriin tottunut tarkastelija ei voi kuin hämmästellä

itseltään kun sika jäisi syömättä. Omasta mielestäni kyseinen Eco-viittaus päinvastoin osoittaa niitä harvoja välähdyksiä, joita *Kirjoitetaan juridiikkaa* -teoksen lehdiltä tyylitajun osalta on löydettyävissä. Opuksen keskeisajatuksena kun tuntuu – johdanto- ja päätösjakso lukuun ottamatta – olevan tarjoilla (vieläpä ”mahdollisimman aikaisessa vaiheessa”!) juridiikan kirjoittajalle valmis muotomalli, jonka turvin tekstejään voi sitten kirjoitella. Niemisen kanssa olemme täysin samaa mieltä siitä, että teos näyttäisi paikoin kahlitsevan opiskelijoita liiaksi (Nieminen 2002 s. 112). Ks. myös Jokela 2011 s. 440, joka nostaa esiin Saranpään väitöskirjasta kohdan, jossa Saranpää käyttää esimerkkinä *hylättävästä* ennakkoluulosta ajatusta vähemmistöryhmän edustajista varkana. Vastaväittäjä Jokelalle tämä ei ”näin arvokkaaseen kirjaan” kelpaa. Itselleni niin Niemisen kuin Jokelankin huomiot edustavat sellaista tyylillistä herkkähipiäisyyttä, jota en juridiikan teossa katso asiakseni kunnioittaa (, sikäli kuin Nieminen tai Jokelakaan tällaista edes vaativat). Juridiikan teko on minulle jo itsessään siinä määrin työlästä, että käytän aikani mieluummin johonkin tärkeämmäksi katsomaani – niin populistis-vulgaariksi kuin tätä voikin (halutessaan!) nimittää. Ja voi sitä toki nimittää tietoiseksi retoriseksi tempuiluksikin – tai vaikka taitavaksi tehokeinoksi (esim. *licentia*, *parresia*; uskalias suorapuheisuus mieluiten mahdollisimman arvostettuja auktorreja vastaan) (retorisista tehokeinoista ks. esim. Eskola 2018 s. 133–137). Lukija tehköön kuten haluaa.

²⁰⁹ Ks. Paajanen 2016.

²¹⁰ Oikeustieteellisiin tutkimuksiin voi soveltaa vaikkapa Eero Backmanin tavoin asteikkoa *intellektuaalisesti kiinnostavat / mielenkiinnostomat*. Esim. Backman 1992 s. vii itse toteaa käsittelevänsä jälkimmäisiä melko karkein ottein – toivoen kuitenkin, etteivät kritiikin kohteet kohtuuttomasti pahastuisi. Tähän Backman on saanut ohjeen itse J. V. Snellmanilta, joka edellytti vain sellaisten väarien oppien vastustamista, jotka ne torjuva tunte! (s. v)

²¹¹ Aarnio 2006 s. 68.

sitä syvyyttä ja laajuutta, joilla niin Nuutila kuin Nuotiokin rikosvastuun ydinkysymyksiä käsittelevät. Vaikka kyseisissä teoksissa on paljon yhtymäkohtia, ovat ne kuitenkin myös monilta osin erilaiset. Nuutila aloittaa tutkimuksensa teoria-jaksolla, jonka puitteissa hän muotoilee niin perus- ja ihmisoikeudet kuin kriminaalipoliittiset tavoitteet huomioivan ongelmakeskeisen rikoslainoppinsa teesit. Kyseisten teesien varassa Nuutila pyrkii hahmottamaan rikosoikeudellisen huolimattomuuden lainopillisen perusrakenteen, jonka pohjalta hän järjestää erilaisia tuottamuvastuun ongelmakohtia yhä hienojakoisemmiksi tyyppitapauksiksi. Käytännöllisesti suuntautuneen lainopin näkökulmasta Nuutilan työ huipentuu paikoin suoranaisten kaavioiden muotoon järjestettyihin tyyppitapauserittelyihin sekä valtavaan joukkoon näitä tyyppitapauksia koskevia näkökulmia ja arviointiperusteita, joiden pohjalta varsinaisten yksittäistapausten käsittely ja ratkaiseminen on (ainakin Nuutilan itsensä mukaan) mahdollista aiempaa jäsentyneemmin ja myös perus- ja ihmisoikeudet sekä kriminaalipoliittiset tavoitteet paremmin huomioiden. Nuotio ei puolestaan missään kohdin tutkimustaan edes ryhdy julistamaan vastaavia lainopillisen tutkimuksen teesejä kuin Nuutila. Päinvastoin Nuotio välttelee viimeiseen asti puolien valitsemista painottaen diskursiivisuutta; mitä erilaisimpien käsitysten tarkastelua suhteessa toisiinsa. Näin Nuotion tutkimus jää tavallaan häilymään alati muuttuvien näkökohtien ja kysymyksenasetteluiden varaan ilman, että missään kohdin päästäisiin kovinkaan selkeisiin lopputuloksiin. Siinä, missä lainkäyttäjät löytää Nuutilan kirjasta valtavan määrän kuviteltavissa olevia rikosoikeudellisia ongelmia koskevia enemmän tai vähemmän relevantteja argumentaation lähtökohtia, on Nuotion tutkimuksesta turha etsiä mitään kovinkaan suoranaista apua käytännön oikeuselämän tarpeisiin²¹².

Teoreettisesti orientoitunut kriitikko voi luonnehtia Nuutilan teosta vaikkapa ”saksalaisen funktionalistisen rikosoikeuden maahantuonniksi, jossa rikoslainopin harjoittamista koskevia teesejä julistellaan ilman kovinkaan syvällistä – tai ainakaan lukijalle välittyvää – ymmärrystä siitä, mitä oikeastaan ollaan tekemässä”. Vastaavasti käytännöllisemmin orientoitunut kriitikko saattaisi kuvailla Nuotion teosta esimerkiksi ”abstraktisen ilotulituksen tasolle jääväksi sekasotkuksi, jossa lukijaa kuljetetaan poukkoillen läpi koko rikosoikeuden kentän ilman, että päästäisiin juurin minkäänlaisiin käytäntöä edistäviin lopputuloksiin – tai edes lopputuloksiin, joita kovinkaan syvällistä rikosoikeus- ja yhteiskuntafilosofista ymmärrystä omaamaton lukija voisi käsittää”.

Toinen havainnollinen ääripäiden vertailukohta löytyy Hannu Tapani Klamin muistikirjan (2003) sivuilta 103–144, joista ensimmäisillä 18 Juha-Pekka Rentto tulkitsee Sofokleen *Antigone*-näytelmää ja jälkimmäisillä 24 Jussi Tapani kuvaa teleologista laintulkintametodia. Jälleen kerran – *toinen toisensa näkökulmasta* – kirjoituksia voi luonnehtia vaikkapa: ”merkityksettömäksi ja nykyelämästä vieraantuneeksi haihatteluksi, jonka osalta ei ota selvää, mitä tekemistä antiikin näytelmillä, raamatunlauseilla ynnä muulla vastaavalla olisi enää 2000-luvun oikeudelle – tai ainakaan lainsäädännölle” sekä

²¹² Esim. Laasanen 2004 s. 332 toteaa vuonna 2004, ettei vaarantamisrikosoppi ole merkittävästi muuttunut sitten Koskisen vuoden 1984 Lakimieslehdessä julkaistun artikkelin, vaan kysymyksenasettelut ovat pysyneet pääosin samanlaisina ja oppi on edelleen vakiintumattomassa tilassa. Samaa valittelee Lahti 2000 s. 285. Molemmat ovat toki vallan tietoisia Nuotion aihetta koskevasta monografiasta.

”muodikkaaksi maailman menoa seuraavaksi esitykseksi, jossa sofisti yrittää ehkä lukumäärällisesti laajan, mutta asiasisällöllisesti mitä suppeimman lähdeaineistonsa varassa kertoa, kuinka yhteiskunta voisi toteuttaa politiikkaansa vielä vähän tehokkaammin”.

Renton ajatusta seuraten tekstien välisen vuoropuhelun voi nähdä väistämättömänä tragediana, jossa molemmat ovat *omalla tavallaan* oikeassa²¹³ – taikka *toisen tavalla* väärässä, tai vähintäänkin kritisoitavissa.

Se, mikä edellisessä esityksessäni on olennaista – ja suorastaan pelottavaa – on se, että *kaikki* edelliset niin Nuutilan ja Nuotion kuin Renton ja Tapaninkin kirjoituksia koskevat väitteet tai näkökannat ovat *totta*. Ne ovat *perusteltavissa*. Yksi ja sama työ voi todella olla yhtäältä rikoslainopillista huippututkimusta ja toisaalta ”pinnallista ja vieläpä lähinnä muiden jo keksimien ajatusten maahantuontia” tai ”käsittämätöntä ja tuloksetonta yksityisajattelua”.

Juuri esittämiini väitteisiin voi suhtautua kahdella tapaa. Ensinnäkin ne voi uskoa sellaisinaan. Tämä (nähdäkseni täysin vastuuton ja naiivi valinta) johtaa kysymään, mikä järki lainopillista tutkimusta koskevassa kritiikissä sitten ylipäänsä on – jos siis kaikkea voi joka tapauksessa aina kritisoida. Toinen vaihtoehto on epäillä väitteitani ja huomauttaa, etten ole esittänyt käytännössä minkäänlaisia perusteita Nuutilan ja Nuotion väitöskirjoja koskevien väitteideni tueksi.

Molemmat edellisistä suhtautumistavoista johtavat metodisten teesieni ehkäpä keskeisimpään aihepiiriin, josta käytän nimitystä *ymmärtävä kriittisyys*²¹⁴, ja joka toivoakseni näkyy ja leimaa kaikkea, mitä tässä tutkimuksessani teen. Kuten niin moni muukin asia, myös tämä on esitettävissä hermeneuttisen kehän tai spiraalin muodossa. Tämän tutkimuksen tavoitteena on *ymmärtää* (paremmin) rikosoikeudellista tuottamusarviointia. Tieteellinen *rehellisyys* edellyttää, etten voi rakentaa tätä ymmärrystä sellaisen tiedon pohjalle, jonka katson kestävämmäksi – enemmän tai vähemmän huteraksi, tai suorastaan virheelliseksi. Koska kaikki lainopillinen tieto on kyseenalaistettavissa on kyse lopulta siitä, mitkä asiaa koskevat ajatusrakenteet ovat *riittävän* tukevia ja muodostavat yhdessä siinä määrin *koherentin kokonaisuuden*, että rikosoikeudellista tuottamusta koskevan käsityksen voi sen varaan ankkuroida. Erilaisten aiheita koskevien ajatusmallien kantavuuden koetteleminen merkitsee niiden *kriittistä* arviointia. *Ymmärtääkseni* rikosoikeudellista tuottamusta koskevia näkemyksiä minun on siis arvioitava niitä kriittisesti. Mitä enemmän tätä teen, sitä syvemmäksi ymmärrykseni kasvaa. Ja sitä enemmän esitykseni samalla kääntyy huoleksi rikosoikeutemme nykytilasta ylipäänsä.

Ymmärtäminen edellyttää siis kriittisyyttä. Aivan keskeistä on huomata, että tämä toimii myös toiseen suuntaan; kritiikki ei ole mahdollista ilman ymmärrystä. Tieteen maailmassa kritiikki jää auttamatta mielenkiinnottomaksi ja lähinnä myötähäpeää herättäväksi suunsoitoksi niin kauan kuin se ei kykene ymmärtämään kohdettaan – tai vaihtoehtoisesti kuulija ei kykene ymmärtämään kritiikkiä. Tästä syystä kritiikki on *perusteltava*. On yksinkertaisesti kerrottava, mikä toisen ajattelussa on pielessä ja

²¹³ Rentto 2003b s. 104 ja 119.

²¹⁴ Olen uskoakseni tältä osin paljolti samoilla jäljillä Kimmo Nuotion kanssa, joka väitöskirjansa esipuheessa viittaa ”kriittiseen mutta ymmärtävään tutkimukseen”, jossa traditiota samanaikaisesti sekä kuunnellaan että vastustetaan. Mikäli traditiota ei lainkaan kuunneltaisi, ei voitaisi edes puhua *rikosoikeudellisesta* tutkimuksesta. Mikäli traditio puolestaan otettaisiin annettuna häviäisi tekemisestä kaikki kriittinen potentiaali. (Nuotio 1998 s. vii ja 11–12)

minkä takia. Vain perusteltu kritiikki avaa mahdollisuuden keskustelulle. Se antaa kritiikin kohteelle mahdollisuuden puolustautua – tai myöntää olleensa väärässä. Se antaa kuulijalle mahdollisuuden seurata ja jopa osallistua ja kontrolloida keskustelua. Ja oikeuden maailmassa nimenomaan kuulijakunta on lopulta se, joka vuosikymmenten saatossa päättää (ainakin osittain), kuka oli oikeassa ja kuinka paljon²¹⁵. Kritiikki on osa oikeudellista argumentaatiota aivan yhtä paljon kuin sen kohteena olevat alkuperäiset väitteetkin.

Oikeutta koskevien väittämien kritisoinnin mieltäminen niiden ymmärrystä edellyttäväksi toiminnaksi altistaa kritiikin kaikelle, mitä tässä teoksessa on edellä kirjoitettu ylipäänsä oikeutta koskevasta ymmärryksestä. Mikä tärkeintä se edellyttää juuri sellaista samanlaista eettistä suhtautumista, josta Lindroos-Hovinheimo puhuu. Ymmärtäjän – siis tulkitsijan – on oltava paitsi uskollinen tarkastelunsa kohteeksi ottamalleen tekstille myös muistettava tekemiensä tulkintojen seuraukset. Kritiikin esittämiseen sisältyy näin mitä painavin eettinen vastuu. Ilman sen kantamista ei kritiikki ole yksinkertaisesti mahdollista. Ilman ymmärrystä kritiikki jää joko täysin perustelemattomaksi höpinäksi tai perustelujensa osalta harhaan osuvaksi ristiinpuheluksi. Kumpikaan näistä ei kuulu tieteeseen.

Kritiikkiin sisältyvä eettinen vastuu on siinä määrin painava, ettei kriittiseen tieteelliseen keskusteluun osallistuvan harteille tulisi nähdäkseni mennä sälyttämään enää ylimääräisiä taakkoja. Tieteellisen kritiikin esittäminen uhkaa muuttua turhan vaikeaksi tilanteessa, jossa kriitikon on toisen ymmärtämisen lisäksi kannettava vielä huolta tämän omanarvontunnosta tai vaikkapa kriitikon omista uramahdollisuuksista. Vajavaisessa ja ennen kaikkea monimutkaisessa maailmassa minkäänlaisten tarkkojen rajojen vetäminen ei tietysti taaskaan ole mahdollista. Ääripäitä on sen sijaan aivan mahdollista tunnistaa. On selvää, että kotimainen hyvin pienessä piirissä tapahtuva lainopillinen tutkimus joutuu jatkuvasti kamppailemaan pieniin ihmisryhmiin niin helposti hiipivää, ja tässäkin esityksessä jo sivuttua, *häveliään vaiteliaisuuden kulttuuria*²¹⁶ vastaan. Tämä ei tarkoita sitä, että ketään saisi, saati tulisi, itseisarvoisesti loukata. Kyse on ainoastaan siitä, että tutkimukseen välttämättä kuuluvien valintojen osalta kollegojen herkkähipiäisyys ei juuri paina tieteellisen totuuden rinnalla. Ideaalimaailmassa niitä ei toki tarvitsisi kaiketi samalla kertaa edes punnita.

²¹⁵ Ks. esim. Aarnio–Mikkola 1994 s. 397, jossa Aulis Aarnio Rauno Halttusen väitöskirjaa vastaan väittäessään muistuttaa, että ”(v)asta oikeudellinen tiedeysteio ratkaisee, pitkällä aikavälillä, sukupolvien mittaan, kuka oli oikeassa ja kuinka paljon.”

²¹⁶ Esim. Helin LM 2015 s. 807–809 tunnistaa ”häveliästä vaiteliaisuutta” tieteen tekemisen ja tämän ulkopuolisten asiantuntijatehtävien yhteensovittamisessa, mistä syystä tai toisesta tuntuu olevan vaikea keskustella. Raitasuo 2018a s. 230 tarjoaa vero-oikeuden osalta syyksi sitä, että ilmeisimmät kritiikin kohteena olevat intressitahot ovat samalla (ainakin siis taloudellisessa mielessä) alan houkuttelevimpia työnantajia. Ks. myös Siltala 2003 s. 9–10, joka kertoo kohdanneensa tiedeyhteisönsä ”syvän ja vaivaantuneen hiljaisuuden” puuttuttuaan vuonna 1999 julkaisemillaan metodio pillisilla teeseillä suomalaisen oikeusopin pyhimpiin uskonnoppaleisiin (ks. Siltala 1999a ja 1999b). Siltalan tulkin mukaan kotimainen tiedeyhteisö valitsi kriittisen vuoropuhelun ja sen edellyttämän ajatuksellisen vapauden sijaan ideologisen yksimielisyyden ja yhteisen uskon ritualistisen vahvistamisen. Esimerkkinä kotimaisesta vaiteliaisuudesta voidaan mainita vielä vuosituhannen vaihteesta Niemisen 2002 s. 112 toteamus siitä, kuinka hyvinkin tärkeää mutta kilpailijaksi koetun tutkijan kirjoittamaan lähteeseen viittaamatta jättäminen on alan usein toistuva ja ”tunnettu tosiasia”. Olivatpa jotkut opiskelijatkin kertoneet Niemiselle tämän tärkeiden lähteiden puuttumista ihmetellessään ”jonkun toisen opettajan neuvoneen, että johonkukun tutkijaan ei kannata viitata”. Vaikka nuorena tutkijana on varmasti hyvä tietoisesti välttää ylilyöntejä, en yksinkertaisesti voi tältä osin olla toteamatta seuraavaa. Lähdeviitteiden operointi sillä perusteella, kenet sattuu milläkin hetkellä kokemaan ”kilpailijaksi”, ”ei-toivottavaksi” tai ihan miksi hyvänsä, on siinä määrin pöyristyttävää ja lyhytnäköistä tieteellistä idiotismia, ettei sitä yksinkertaisesti tulisi suvaita. Eikä tämän kaltaisten tapausten siirvioli ”joku joskus” -tyyppiin hyminöihin ole järin kaukana asian suvaitsemisesta. Etenkin nuoreen ja äkipikaiseen mieleeni nousee toisinaan, että tiedeyhteisöllä olisi hyvä olla varustossaan nykyistä huomattavasti enemmän tervaa ja höyheniä sekä auliutta näitä käyttäjä – ainakin tilanteessa, jossa opiskelijoille on menty opettamaan, ettei tiettyyn tutkijaan nyt vain ”kannata viitata”.

Mitä *ymmärtävä kriittisyys* edellisten korulauseiden ohella käytännössä merkitsee? Valtavaa työtä. On toki selvää, että kulloinkin esitettävän kritiikin luonteesta riippuu, minkä asteista ymmärrystä sen esittäminen kohteestaan kulloinkin edellyttää. Zacharias Sundströmin vuoden 2011 väitöskirjassaan esittämää väitettä talousrikosjuttujen yleistymisestä alioikeustasolla vuosien 2000 ja 2009 välillä on helppoa kritisoida huomauttamalla ainoastaan, että väitteen pohjana on Sundströmin Helsingin käräjäoikeuden vuosien 2000 ja 2009 lokakuksilta juttulistoilta poimiman 10 ensimmäisen jutun asianimikkeet, joiden osalta veropetosten osuus oli siis kasvanut vuoden 2000 1/10 -osuudesta suorastaan dramaattisesti vuoden 2009 4/10 -osuuteen verrattuna²¹⁷. Edes jonkinlaisen matemaattisen perusymmärryksen omaama henkilö käsittää, että tilanteessa jossa pelkkä Helsingin käräjäoikeus käsitteli ainoastaan kyseisten vuosien lokakuissa yli 800 rikosjuttua²¹⁸, ei ole järjen häivää lähteä näistä 10 ensimmäistä umpimähkään valittuaan vetämään minkäänlaisia johtopäätöksiä ”talousrikosjuttujen yleistymisestä” – ei, vaikka tämä tehtäisiin kuinka ”varoen” ja vaikka ”luettelematta jäänyt oikeustapausaineisto”²¹⁹ kuinka havaintoja tukisi!

Suurin osa oikeustieteellisessä keskustelussa esitetyistä väitteistä ei ole läheskään yhtä helposti kritisoitavissa. Sen sijaan väitteiden ymmärtävä kritiikki edellyttää usein ensinnäkin sitä, että väitteet sisältävä teksti luetaan kokonaisuudessaan – ja mahdollisesti useampaan kertaan. Oikeutta koskevat väitteet eivät useinkaan ole edellisen lähinnä tilastomatemattisen esimerkin tavoin selkeitä kokonaisuuksia, vaan rakentuvat toinen toistensa varaan siten, että niiden ymmärtäminen edellyttää kontekstin hahmottamista. Tämä puolestaan johtaa hyvin usein edelleen itse väitteen sisältäneen tekstin ohella kirjoittajan muihin teksteihin ja edelleen muihin lähdeteksteihin ja ylipäänsä oikeutta koskeviin ajatuksiin, joiden varaan alun perin kriittiselle tarkastelulle alistettu yksittäinen väite pohjaa. Ajatuskulkujen kaivelua jatkava löytää itsensä nopeasti yhä enenevissä määrin filosofisista ihmiselämää – rikosoikeuden tapauksessa usein *vastuuta* – koskevista kysymyksenasetteluista. Pekka Koskisen jo huomauttamalla tavalla yksityiskohtien pinnan raaputtelu johtaa kerta toisensa jälkeen elämää suurempiin filosofisiin iäisyyskysymyksiin. Se, kuinka syvälle kukakin on valmis tarkastelunsa ulottamaan jää lopulta kritikon itsensä valinnaksi. Hän kantaa vastuun siitä, onko ymmärtänyt sitä, mitä kritisoi. Hyvin usein perusteellinen työ ymmärtämisen eteen osoittaa, ettei kritiikkiin ollutkaan syytä – tai, että syy sinällään on löydettävissä, mutta se edellyttää siinä määrin itse kritisoitavan väitteen kanssa erilaatuisia taustaoletuksia, että varsinaisen kritiikin sijaan on ehkä parempi puhua ”toisesta näkökulmasta” tai muusta vastaavasta. Ymmärtävä kriittisyys päättyy monesti latteisiin lopputuloksiin – ainakin siis, jos tavoitteena on nimenomaan muiden kritisointi²²⁰.

²¹⁷ Sundström 2011 s. 72 ja myös s. 111.

²¹⁸ Sundströmin 2011 s. 63–64 mukaan tarkat määrät ovat vuonna 2000 yhteensä 930 juttua ja vuonna 2009 yhteensä 809 juttua. Todettakoon nyt vielä se, ettei Sundströmin s. 63 toteamalla ”perustellulla syyllä olettaa” valittujen tapausten vastaavuutta koko vuoden juttukuvan kanssa ole mitään tekemistä hänen edellisten johtopäätöstensä osalta. Hänhän on kuitenkin valinnut tarkasteluunsa 809 ja 930 jutun sijaan satunnaiset 10 ensimmäistä juttulistalta löytämänsä!

²¹⁹ Se, mikä tämä ”luettelematta jäänyt oikeustapausaineisto” tarkalleen ottaen on, jää lukijalle mysteeriksi. Mitä ilmeisimmin Sundström on suorittanut jonkinlaisia laskutoimituksia myös muiden kuin 20 nimenomaisesti mainitsemansa oikeustapauksen osalta. Tästä huolimatta hän perustaa havaintonsa nimenomaan näihin 20 juttuun.

²²⁰ Ks. Ingeborg Puppen 2006 sarkastinen kirje nuorelle oikeustieteilijälle, jossa tuleva akateemikko ohjataan oikeustieteellisen kritiikin saloihin: ”Wenn Dein Gegner zu Unterscheidungen gelangt, die nicht auf den ersten Blick plausibel sind, so sind sie befremdlich, schwer nachvollziehbar oder absurd. Sind Deine eigenen Unterscheidungen einzeln nicht auf den ersten Blick plausibel, so sind sie subtil. Stößt Dein Gegner auf sog. Strafbarkeitslücken, so sind sie unerträglich (Strafbarkeitslücken sind immer unerträglich). Stößt Du auf solche, so bestätigen sie nur den fragmentarischen Charakter des Strafrechts (fragmentarisch ist im Strafrecht immer gut). Hat Dein Gegner Abgrenzungsschwierigkeiten – und die hat jeder –, so sind sie unüberwindlich,

Mainiona esimerkkinä toimii Jussi Syrjäsén jo mainittu vuoden 2008 väitöskirja, jossa Syrjäsén pyrkii ”osallistumaan oikeusteorian keinoin keskusteluun oikeudellisen ratkaisutoiminnan kehittämistä” muotoilemalla omaa oikeudellista ratkaisuteoriaansa. Olennainen osa tätä on luonnollisesti erilaisten oikeuslähdeoppien pohdinta, joka suoritetaan teoksen III-luvussa. Jakso rakentuu Aleksander Peczenikin, Aulis Aarnion sekä Raimo Siltalan oikeuslähdeoppien kriittisen arvioinnin sekä tätä seuraavan Syrjäsén oman jatkokehittelyn varaan.²²¹ Oikeuslähdeopillisen keskustelun (edes kotimaista) kontekstia tuntevalle jää käsittämättömäksi, miksi Hannu Tolosen *Oikeuslähdeoppi*-teos (2003) loistaa tältä osin poissaolollaan.²²² Kyse on ainoasta kotimaisesta nimenomaan oikeuslähdeoppia koskevasta monografiasta, joka vieläpä käsittelee monilta osin tismalleen samoja teemoja kuin Syrjäsén omassa teoksessaan.²²³ On täysin käsittämätöntä (ja oikeastaan oman tutkimuksensa aihe), että tämänkaltaisen tutkimuksen tekeminen – saati julkaiseminen – on edes mahdollista.²²⁴ Ajatus siitä, että Syrjäsén kirjallaan *osallistuisi asiaa koskevaan keskusteluun* jää todellakin tältä osin onnettomaksi pyrkimykseksi. Yhtä hyvin voisin itse omassa väitöskirjassani kirjoitella kaikenlaista rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta ja yhdessä alaviitteessä todeta ”Ari-Matti Nuutilankin muuten tutkineen asiaa”. Jos tätä haluaa pitää laadukkaana oikeustieteellisenä tutkimuksena, lienee asia vielä jollain tavoin perusteltavissa, mutta *keskusteluun osallistumista* tämä ei kerta kaikkiaan ole. Tässä tutkimuksessa omaksuttujen teesien valossa kyse on aivan yhtä karkeasta hölmöilystä kuin Sundströmin edellä mainituissa laskelmissa.²²⁵

Ymmärtävä kriittisyys ei kaikessa työläydessään ja myös ennakoimattomuudessaan liene nykypäivän seksikkäin tutkimisen tapa. Se edellyttää valtavaa vaivannäköä, josta kiitoksena voi olla vakuuttuneisuus siitä, ettei tutkimuskohteen suhteen ilmennytkään mitään kovinkaan tähdellistä sanottavaa. Se on ollut outo lintu jo 1990-

Deine eigenen aber sind unvermeidlich. (Willst Du einen Gedanken von einem anderen übernehmen, ohne ihn zu zitieren (manche verwenden dafür das hässliche Wort Plagiat), so musst Du Dich besonders eindeutig über ihn äußern, so dass kein Leser auf die Idee kommt, dass Du ausgerechnet von ihm etwas abgeschrieben haben könntest.)“ (s. 21)

²²¹ Väitöskirjan tavoitteista ks. Syrjäsén 2008 s. 3 sekä itse oikeuslähdeopillisesta esityksestä s. 149–212.

²²² Syrjäsén lähdeluettelosta kyllä löytyy myös kyseinen Tolosen monografia, mutta esim. oikeuslähdeopillisessa esityksessään Syrjäsén tyytyy sen sijaan viittaamaan ainoastaan Tolosen Oikeus-lehden artikkelissaan (Tolonen 2000 s. 523) vuonna 2000 tekemään yleiseen ehdotukseen lähestyä oikeuslähdeoppia uudella tavalla (Syrjäsén 2008 s. 206). Itse Tolosen monografia nousee esiin ainoastaan yksittäisenä ja ylmäkkäisenä *nice to know* -tyyppisenä alaviitteenä ja vieläpä aivan toisessa yhteydessä sivulla 259 (alav. 500).

²²³ Tolonen 2003 s. v itse toteaa Torstein Eckhoffin vuoden 1971 esityksen (*Rettskildelære*) ainoaksi oikeuslähdeoppia erityiskysymyksiin koskevaksi yhtenäiseksi monografiaksi. Syrjäsén teoksen kannalta keskeisinä teemoina nousevat Tolosen esityksessä esiin mm. oikeuden prosessilaatuinen jatkuva muutos (eli dynaamisuus) staattisuuden sijaan (s. 5–6, 11 ja 169), oikeus nimenomaan monitahoisena ilmiönä (s. 170) sekä oikeuden ja yhteiskunnan välinen suhde (s. 88–89). Tolosen oikeuslähdeoppi merkitsee nimenomaan siitä positivistisesta perinteestä poikkeavaa näkökulmaa, jota vastaan myös Syrjäsén teoksessaan selvästi hyökkää (ks. erit. Syrjäsén 2008 s. 228–229, jossa niin ”Suomessa positivistiset oikeudellisen ratkaisun teoriaan” lukeutuvat oikeuslähdeopit, tulkintateoriat kuin keskeiset käsitteetkin todetaan verraten alikehittyneiksi ohjaamaan sellaisten tilanteiden tunnistamista ja käsittelyä, joissa voimassa oleva laki ei näyttäisikään olevan oikeuden tai kohtuuden mukainen. Positivismissa painottuvatkin Syrjäsén mukaan oikeusjärjestelmän suljettisuus ja staattisuus avoimuuden ja dynaamisuuden kustannuksella).

²²⁴ Esim. vastaväittäjänä toiminut Kaarlo Tuori tyytyy lausunnossaan vain toteamaan Syrjäsén tutkimuksessa voitavan nähdä paljonkin yhtäläisyyksiä Tolosen tapaan ymmärtää oikeus prosessina ja oikeudellinen ratkaisutoiminta erilaisten oikeuteen liittyvien jännitteiden tiivistymänä. Keskustelukumppaneiden rajaaminen tästä huolimatta vain Peczenikin, Aarnion ja Siltalan oikeuslähdeoppeihin on Tuorin arvion mukaan kuitenkin ”kontingenti”, vaikkakin hän katsoo myöhemmin sitä voitavan myös arvostella. ”Toisinkin olisi voinut valita” -latteutta pidemmälle ei tämän osalta kuitenkaan päästä. (Tuori 2008 s. 1261, 1267 ja 1270)

²²⁵ En tiedä, voisiko Syrjäsén toimintaa selittää esim. Aarnion 2014 s. 209–220 esittelemällä ajatuksella, jonka mukaan (mikäli Aarniota oikein ymmärtän) Tolosen esitys ei lopulta ole mikään oikeuslähdeoppi alkuunkaan, vaan oikeuslähde*teoria*.

luvun tieteellisessä suunnitelmataloudessa²²⁶ – puhumattakaan 2000-luvusta, jonka aikana (kotimainen) lainoppikin on jo julistettu uhanalaiseksi lajiksi²²⁷.

5.3.3 *Caveat lector!*

Tieteellisen tekstin lukeminen ei välttämättä ole yhtään sen helpompaa kuin sen kirjoittaminenkaan. Kumpaankaan ei ole olemassa yhtä oikeaa tapaa, mikä tarkoittaa valintojen välttämättömyyttä ja edelleen jo moneen kertaan painotettua vastuuta. Oikeustiede on yhteisöllistä ja argumentatiivista. Se on keskustelua ja viestintää, jossa on aina useampia kuin yksi osapuoli. Keskustelun onnistumiseen liittyvä vastuu ei lepää yksin puhujan tai kirjoittajan, vaan myös kuulijan tai lukijan harteilla.²²⁸ Oman lukijansa neuvominen on paitsi monella tapaa ongelmallinen myös yksinkertaisesti epämiellyttävä tehtävä – etenkin, kun ottaa huomioon, kuinka paljon lukijaltaan joutuu pyytämään. Olisi kuitenkin väärin olla ottamatta asiaa esille. Sen verran tärkeästä, ja jälleen kerran vähintäänkin kotimaisen keskustelun tasolla usein unohtuvasta, seikasta on kyse.

Toivon, että tämän tekstin lukija toimii juuri kuten Raimo Siltala ohjeistaa: etenee varovasti, pysähtyy alati koettelemaan väitteideni kestävyyttä, eikä yksinkertaisesti ota asioita annettuina. Tämä kirja on *minun* kirjoittamani. Siinä ei ole yhtä ainuttakaan merkkiä, jota en olisi juuri omalle paikalleen laittanut. Eikä siinä ole yhtä ainuttakaan merkkiä asioista, joita en ole lainkaan huomannut edes ajatella. Se on minun luomani maailma, joka toimii juuri niin kuin olen sen laittanut toimimaan²²⁹. Ja tällaisena sitä on myös tarkasteltava. Lukija, joka tuosta vain uppoutuu tähän maailmaan uskoen väitteitäni asiaa sen kummemmin pohtimatta, ottaa valtavan riskin siitä, että huomaa myöhemmin tulleen harhaan johdetuksi. Riskit kuuluvat elämään, mutta tämänkaltaisen riskinotto tulisi pitää erillään tieteestä. Tiede on *kriittistä* ja tavoittelee *totuutta* – ei sitä, mitä vaikkapa Juho Rankinen on sattunut kirjoittamaan. Tätä(kin) tekstiä on niin sanotusti *ravistettava ennen käyttöä*.

Kriittiseen ja skeptiseen suhtautumiseen omaa tutkimustaan kohtaan yllyttäminen ennen varsinaisen tutkimuksen alkamista voi tuntua itsetuhoiselta toiminnalta. Asia on juuri päinvastoin, ja tämä jos jokin on nyt tärkeää. Pyydän lukijaltani kalleinta lahjaa, mitä tieteentekijä voi toivoa; sitä, että hänen ajatuksiaan kuunnellaan, pohditaan, ja kyseenalaistetaan. Sitä, että häntä kunnioitetaan antamalla aikaa hänen ajatuksilleen²³⁰. Eikä tämä kaikki nyt kyseessä olevan tutkimukseni kohdalla ole aivan vähän pyydetty! *Kritiikki* edellyttää *ymmärtämistä* ja *ymmärrys uskollisuutta* niin tekstille kuin tulkintatilanteen kontekstillekin. Pahinta, mitä tieteentekijä voi osakseen saada on keskustelun ulkopuolelle joutuminen – se, ettei hänen ajatuksiaan edes noteerata. Toiseksi pahinta on se, että niihin vastataan hyväksyvällä, mutta

²²⁶ Oudoksi linnuksi omaa ”kriittiseksi mutta ymmärtäväksi” luonnehtimaansa tutkimustaan kuvasi jo Nuotio 1998 s. vii.

²²⁷ Halila 2019 s. 786.

²²⁸ Oikeustieteellisen tekstin lukemisen haasteista ja lukijan vastuusta on kirjoittanut mm. Raimo Siltala, jolta myös kappaleen otsikko on lainattu. Siltala korostaa sitä, kuinka oikeudellista tekstiä tulisi lähestyä asianmukaista varovaisuutta noudattaen – kuin *heikoilla kevytjalkilla kulkien*, ja siis tekstin kantavuutta tämän tästä kokeillen. *Caveat lector* – lukija pitääköön varansa! Siltala konkretisoi ajatuksiaan ”esimerkinomaisella” 25 kohdan luettelolla tilanteista, joissa kirjoittajan vilpittömän hyväntahtoisuus tulisi unohtaa. Tyyppitilanteita konkretisoidaan edelleen kotimaisesta oikeustieteestä otetuilla esimerkeillä. (Siltala 2003 s. 21 ja 597–610)

²²⁹ Tämä ei toki tarkoita, etteikö se voisi lukijan omien tulkintojen kautta lähteä ”elämään omaa elämäänsä”.

²³⁰ Esim. Kevät Nousiainen vetoaa omassa väitöskirjassaan ”hartaaseen lukijaan” tunnustaen, ettei ole halunnut esityksessään peitellä siihen sisältyvää tietynlaista ristiriitaisuutta, katkoksellisuutta tai tulkinnallista monimielisyyttä – tämä kaikki kun on osa tutkimuskohteen omaa liikettä! Tällainen peittelemättömyys ei tietystikään paranna kirjan luettavuutta. (Nousiainen 1993 s. 8) Myös Samuelsson 2008 s. 58 liittyy Wittgensteinin ja Nietzschen seuraan kehottaessaan lukijaansa tutkimuksen hitaaseen lukemiseen.

mitäänsanomattomalla hymistelyllä. Se, että joku esittää perusteltua ja siis ymmärrykseen pohjautuvaa kritiikkiä oikeustieteilijän väittämistä voi sinällään toki tuntua ikävältä, mutta lopulta se on parasta, mitä totuutta tavoitteleva tieteilijä voi osakseen saada. Oikeustieteellinen totuus ei ole kovinkaan suoranaisesti sidoksissa siihen, miltä minusta kaiken pikkumaisen omanarvoisuuteni ja säälittävän (mutta auttamattoman) itsekeskeisyyteni osalta milloinkin sattuu tuntumaan.

5.4 TEESI 4: Piittaamattomuus ja pessimismi

*” Minussa on ongelma
Jokin virhe ohjelmoinnissa
Puutteita koodissa
Korvaan arvaamattomuudella/pessimistisyydellä/piittaamattomuudella/tyytymättömyydellä”*

(Apulanta, Ravistettava ennen käyttöä²³¹)

Jos oikeus on ”radikaalisti tulkinnanvarainen” asia, jota koskevat kaikki väittämät on mahdollista kyseenalaistaa muuttamalla väittämien taustalla välttämättä olevia sitoumuksia ja näkökulmia, joita edelleen on loputtomasti, eikä lopputuloksena ole se, että kaikki oikeutta koskevat rehelliset (ja ainakaan vähänkään konkreettisemmat) väittämät edellyttävät paitsi annettuna ottamista myös suoranaista *piittaamattomuutta*? Sitä, että väittämien esittäjä ei yksinkertaisesti välitä siitä, kuinka epävarmalla pohjalla hän jatkuvasti liikkuu. Esimerkiksi syyksiluettavuudesta kirjoittava rikoslainoppinut saattaa joutua elämään sen kanssa, ettei omaa minkäänlaista ymmärrystä nykyfilosofian tahdonvapautta tai kausaalisuutta koskevista käsityksistä²³². Hän ei välttämättä myöskään ole koskaan edes lukenut oikeusteorian (saati yhteiskunta- tai tieteenfilosofian) klassikkoteoksia²³³ – tai on kyllä lukenut, muttei rehellisyyden nimissä voi sanoa ymmärtäneensä niistä puoliakaan. Hän ei välttämättä ole tietoinen aihepiiriään koskevasta ruotsalaisesta, saksalaisesta saati japanilaisesta rikoslainopillisesta keskustelusta, vaikkakin (ehkä) hyväksyy, että mistä tahansa näistä foorumeista lienee löydettävissä mahdollisesti hyvinkin arvokkaita näkökulmia omaan aiheeseensa. Hän ei välttämättä tunne asiaa koskevaa oikeuskäytäntöä – tai hän tuntee sen siltä osin, mitä korkein oikeus on vaikkapa viimeisten 20 vuoden aikana asiasta lausunut. Ja mitä enemmän hän tutkimusaiheestaan tietää, sitä enemmän hän näkee vaillinaisuutta ja suoranaista tietämättömyyttä.

Asiaa on turha kierrellä tai kaunistella: *piittaamattomuus* on täysin välttämätön ehto sille, että esimerkiksi nyt käsillä oleva tutkimus on koskaan valmistunut. Tietysti kyse on myös näkökulmasta; yhden mielestä tämä tutkimus voi olla hyvinkin

²³¹ Albumilta: Kuutio (Kuinka aurinko voittiin) (2008).

²³² Esim. Lennestadt 2013 s. 133 luonnehtii rikosoikeutta ”arguably the part of law which rests the heaviest on dubious assumptions about human nature”. Samaan tapaan (juridiikasta ylipäänsäkin) myös Jareborg 2001 s. 72: ”Traditionell juridisk doktrin är impregnerad av föräldrade ståndpunkter.” Etenkin rikosoikeuden piirissä on tapana korostaa läheisiä yhteyksiä yleisfilosofisiin ajattelutraditioihin koskien vaikkapa kausaalisuutta, tekoa ja laiminlyöntiä sekä tietoa ja tahtoa. Myös esim. syyllisyyden käsitettä on tutkittu poikkeuksellisen paljon niin yleisfilosofisena, rangaistusteoreettisena kuin syyllisyysteoreettisena ja -dogmaattisenaakin kysymyksenä (ks. esim. Nuutila 1991 s. 1–2). Ja saattaapa rikosoikeudellisia syyllisyyskysymyksiä käsittelevä filosofikin joutua sivuuttamaan filosofisesti kestävämmäksi kehäajatteluksi tunnistamiaan oikeutta koskevia seikkoja ”olankohautuksella” (ks. Hyttinen 2015 s. 12).

²³³ Esim. tässä tutkimuksessa omaksumani ajatukset *radikaalista tulkinnanvaraisuudesta* ja erilaisten *näkökulmien pluralismista* lienevät monen mielestä mitä ”post-moderneimpia”. En ole itse perehtynyt erilaisten aikakausien ajattelutapoihin – en edes erilaisista aikakausista ajattelemisen tapoihin – siinä määrin, että osaisin ottaa tähän kantaa. Esim. Syrjäsen 2008 erit. s. 21–45 esityksen perusteella uskoisin ajatuksistani löytyvän hyvin paljon post-modernia ”aikansa lapsuutta”. Jätän tämän ilmielin muiden tutkittavaksi!

seikkaperäinen, toisen mielestä asioita sivuutetaan aivan liian vähällä käsittelyllä. Selvää on kuitenkin se, että jo tässä metodijaksossa on sivuutettu valtava määrä niin oikeusteoreettisia kuin -filosofisia kysymyksiäkin – ja sama tulee jatkumaan. Enkä tässä kohdin ilkeä kuin viitata esimerkiksi kaikkiin niihin fysiikan kysymyksiin, jotka jo esimerkiksi erilaisiin aikamääreisiin viitattaessa on tutkimuksessani jo sivuutettu ja tullaan myös sivuuttamaan²³⁴ – enpä näistä juuri osaisi kirjoittaakaan...

Välttämättömän ehdon ohella piittaamattomuus on kuitenkin myös *ideaali*, jota tässä tutkimuksessa siis tavoittelen. Ainakin jos piittaamattomuus ymmärretään vaikkapa vuoden 2004 jälkeisen ruotsalaisen tai anglosaksisen rikosoikeuden syyksiluettavuusopin tarkoittamalla tavalla²³⁵. Piittaamattomuus on *tahallista* ja *tietoista*. Se merkitsee olemassa olevaksi tiedetyn riskin eräänlaista hyväksymistä – toimimista tästä huolimatta. Juuri tässä piilee uskoakseni koko tutkimisen tapani *tieteellisyys* – ja lopulta myös *oikeudellisuus*. Tarkoitukseni on, ettei tämän kirjan sivuilla tapahtuisi mitään, mikä ei perustu vähintäänkin jonkinlaiseen tietoiseen valintaan²³⁶. Erilaiset tietoisuuden ulkopuolelle jäävät sattumanvaraisuudet voivat näytellä olennaista osaa monilla ihmistoiminnan aloilla, mutta tieteellisen totuuden tavoittelun saralla niille on vaikea nähdä sijaa. Vasta asioiden tiedostaminen antaa mahdollisuuden tehdä valintoja niiden suhteen, ja mikä tärkeintä, perustella näitä valintoja – *argumentoida*. Ja oikeus on argumentaatiota, keskustelua. Sen harjoittaminen käy mahdottomaksi sellaisten asioiden osalta, joita ei edes tiedosteta. Tavoitteeni on, ettei rikosoikeudellista huolimattomuutta koskeva tutkimukseni perustuisi asioihin, joita en ole tullut edes miettiäneeksi – tällainen, kun ei yksinkertaisesti ole tieteellistä, eikä edes oikeudellista²³⁷. Se on jotain, mitä vain tapahtuu.

²³⁴ Populaarina esityksenä sellaista teoreettista fysiikkaa askarruttavista asioista kuin vaikkapa tietynlaisen *nykyhetken* merkityksellisyys, tai sen olemus meitä kulloisenkin mittaamistarkkuutemme puitteissa ympäröivänä ”kuplana” ks. Rovelli 2017/2018 erit. s. 44–58 ja 105–108. Eikä tässä kohdin ole vielä edes päästy kvanttimaailmaan, jossa aika ”löystyy suhteiden verkostoksi”, eikä pysy enää koossa edes yhtenäisen kankaan tavoin, vaan piirtyy kuvaksi ”aika-avaruuksista (monikossa), jotka aaltoilevat, ovat superpositioissa toistensa kanssa ja aineellistuvat tiettyinä aikoina suhteessa tiettyihin kohteisiin” (s. 90 ja myös s. 121–126), saatikka elävään biologian maailmaan, jossa mitä erilaisimmat molekulaariset, hermolliset, kemialliset ja hormonaaliset kellot tikittävät kilpaa toinen toistensa kanssa, usein jonkinlaista vuorokausirytmää seuraillen (s. 64).

²³⁵ Molemmissa rikosoikeusjärjestelmissä tapahtui kyseisenä vuonna enemmän tai vähemmän dramaattinen ylimmän oikeusasteen suorittama linjanveto. Ruotsissa Högsta domstolen sitoi tahallisuuden alarajan ns. *likigiltighetsuppsät*-malliin, jonka puitteissa tahallisuus siis edellyttää piittaamatonta suhtautumista rikostunnusmerkistön edellyttämästä seurauksesta ja/tai olosuhteesta – sitä, etteivät nämä saaneet tekijää pidättymään teostaan. Ks. NJA 2004 s. 176 sekä esim. Ulväng 2016 s. 114–147 ja myös 249–251). Englannissa puolestaan House of Lords linjasi samaisena vuonna, että *recklessness*-syyksiluettavuuden osalta oli edellytettävä rikokseen liittyvän pelkän objektiivisen riskin ohella myös tekijän subjektiivista tietoisuutta tästä riskistä. Ks. R. v G and Another [2004] 1 A.C. 1034 erit. s. 1066, sekä esim. Amirhalingam 2004. Ks. edellisten linjausten vertailusta (nimenomaan ruotsalaisesta näkökulmasta) ks. Ulväng 2016 s. 246–268. Ruotsalaisessa rikosoikeudessa juuri piittaamattomuus (likigiltighet) on merkinnyt syyksiluettavuusjärjestelmän kannalta laajemminkin keskeistä käsitettä johtuen siitä, että esim. Nils Jareborg on pohjannut vaikutusvaltaisen syyksiluettavuuden eri muotojen erottelunsa nimenomaan piittaamattomuuteen, joka kulloinkin kohdistuu vain eri asioihin; tahallisuudessa on kyse piittaamattomuudesta *seurauksesta/olosuhteesta*, tietoisessa huolimattomuudessa puolestaan *seurauksen/olosuhteen riskistä* ja tiedottomassa huolimattomuudessa taas *tällaisen riskin mahdollisuudesta* (ks. Jareborg 1988 s. 739–747 ja jo Jareborg 1986 s. 14 sekä tältä pohjalta Asp 2017 s. 594–595 ja Ulväng 2016 s. 126–127. Ks. vielä Jareborg 2016 s. 62–63, jossa tahallisuus jaotellaan vielä tarkemmin moitittavuudeltaan eri muotoihinsa edelleen juuri eri asioihin kohdistuvaan piittaamattomuuteen tukeutuen).

²³⁶ Ajatus on sama kuin Petter Kavoniuksen kanssa, joka puhuu vuoden 2003 väitöskirjassaan ”kielellistävästä tiedostamisesta” ja sen mahdollistamasta kontrolloitavuudesta, kommunikaatiosta, ennakoitavuudesta ja ylipäänsä tiedollisesta hallinnasta – maailmasuhteen luomisesta vaistomaisen ja alitajuisen reagoinnin sijaan nyansoivan harkinnan sekä erilaisten vaihtoehtojen aidon punninnan kautta (Kavonius 2003 s. 163–164, 171 ja 180–183). Jokaiselle tietoisuudelle ominainen perspektivismi edellyttää välttämättä erilaisten perspektiivien valintaa ja torjuntaa. Yksi ajattelutapa rajaa aina jossain määrin muita maailmasuhteen luomisen tapoja. Oikeuden (edes jossain määrin hallittu) ajattelu edellyttää ”perspektiivejä supistavaa tyhmyyden strategiaa” – eräänlaisen laumavaiston kaltaista ”kollektiivista tyhmyydentahoa”. (s. 311–318, 319, 333–334 ja 432) Olennaista on lopulta kysymys siitä, missä kulkee yhtäältä *tarpeidenmukaisen* ja toisaalta *ylivirittyneen* ”tyhmyydentahdon” raja (s. 345). Ja jo pelkästään tämän kysymyksen edellyttää asian *tietoista* pohtimista!

²³⁷ Pawlik 2012 s. 36–38 huomauttaa, että tieteelliseen dogmatiikkaan kuuluu olennaisena osana pysyttely tietoisena omien näkemysten takana vallitsevista filosofis-maailmankatsomuksellisista malleista. Menestyksikkäiden ja laajaa hyväksyntää saavuttaneiden käsitteiden ja instituutioiden implementointi dogmatiikkaan niiden perustana olevat ajatusmallit enemmän tai vähemmän sivuuttaen on toki jossain määrin väistämätöntä mutta myös vaarallista. Ilman tietoista reflektiota tapahtuvan

Tavoitteeni on *tietysti* sula mahdottomuus. Oikeus on ”radikaalisti tulkinnanvarainen” ja yksinkertaisesti *ihmeellinen*. Siihen on olemassa loputon määrä näkökulmia, joista en millään voi tarkastella – tai edes aavistaa – kuin joitain harvoja. Luullakseni koko oikeuden olemus on juuri siinä, ettei kukaan kykene koskaan hallitsemaan sitä²³⁸. Tietoinen piittaamattomuus on kaunis ideaali. Tosiasiassa tutkimus sortuu kerta toisensa jälkeen tiedottomaan tuottamukseen. Lopulta olennaista on se, miten lähelle ideaalia päästään.

Jo etukäteen tuhoon tuomitukseksi ymmärretty ideaalin tavoittelu saa usein aikaan pessimismisiä. Rikosoikeudellista huolimattomuutta 2000-luvulla tutkiva ei toki oikein muuhun voi varautua. Kuten myöhemmin tullaan huomaamaan, aihepiirin parissa on painiskeltu kautta aikain ilman, että mitään lopulta kovinkaan merkittävää olisi tapahtunut ainakaan viimeisten noin 100 vuoden aikana. Toinen toistaan hienommat yritykset lausua asiasta jotain uutta ja mullistavaa ovat päättyneet osaksi oikeushistoriaa.

Pessimismini tulee lähelle Michael Pawlikia, joka kaiken filosofisen ja oppihistoriallisen vakuuttelunkin jälkeen myöntää jopa todennäköiseksi, että hänen jo itsessään ylimielinen yrityksensä luonnostella teoksessaan *Das Unrecht des Bürgers* (2012) uudenlainen tieteellinen rikosoikeussysteemi ei tule yltämään hänen tavoittelemaalleen menneisyyden suurten järjestelmien tasolle. Tappiomielialan sijaan Pawlik lähtee kuitenkin ennakkoluulottomasti yritykseensä.²³⁹ Itse yrityksensä jälkeen – teoksensa viimeisessä kappaleessa – Pawlik palaa pohtimaan teorian ja käytännön välistä rajanvetoa, josta ymmärtääkseni oli pohjimmiltaan kyse alunkin pessimismissä. Tältä osin Pawlik löytää saman vanhan paradoksin kuin aiemminkin: yhtäältä teoriaa ei ole suunnattu vain muille teoreetikoille (”norsunluutornin älyniekoille”), vaan sen tarkoituksena on myös aidosti helpottaa käytännön elämää. Toisaalta käytännöllisyyden tavoittelua ei tulisi tehdä teorian laadun kustannuksella. Yksinkertaisuuden saavuttaminen edellyttää Pawlikin käsityksen mukaan ”teoreettista itsevarmuutta”. Lopulta hän jättää lukijan ratkaistavaksi, onko tällaiseen teoksessa ylletty.²⁴⁰

Olen sinällään Pawlikin kanssa samaa mieltä; asioiden yksinkertainen ilmaiseminen edellyttää niiden taustalla olevan teorian itsevarmaa hallintaa. Ainakin oman kokemuksen mukaan teorian hallintaan pyrkiminen on kuitenkin tehokkain keino päästä eroon itsevarmuudestaan. Tässä tullaan jo aiemmin sivuttuun omani ja Pawlikin rikosoikeusajattelun väliseen eroon; nähdäkseni pessimismi ja huono omatunto ovat asioita, joista eroon pääsemisestä rikosoikeuden ja rikosoikeusoppineen²⁴¹ kannattaa itseään varjella.

omaksumisen vaarat ovat kahtaalla. Ensinnäkin lainopillinen järjestelmä voi ”muumioitua” eräänlaiseksi kommunikaatorutiiniksi, jonka aatehistoriallinen viitekehys painuu unohtuksiin. Toiseksi uusia ehdotuksia saattaa tulla hylätyksi täysin summittaisesti vain ”epädogmaattiseksi” leimattuina. Pawlik korostaa sitä, kuinka *dogmatikkaa* tulisi varjella *dogmatismilta* – rutiineihin jäähdyttämistä. Tämän johdosta dogmatikka tulisi säilyttää avoimena erilaisille ja myös kriittisille koulukunnille, jotka kykenevät koettelemaan kulloinkin vallitsevan opin kestävyyttä ja tarjoamaan sille vaihtoehtoja.

²³⁸ Uskoisin jo edellä esitetyn perusteella ainakin Susanna Lindroos-Hovinheimon ja Kimmo Nuotion olevan kanssani samaa mieltä.

²³⁹ Pawlik 2012 s. 23.

²⁴⁰ Pawlik 2012 s. 415.

²⁴¹ Aivan erityisesti juuri toisille ihmisille täysin tietoisesti kärsimystä aiheuttavan rikosoikeuden on kerta toisensa jälkeen asetettava itsensä kyseenalaiseksi. Ks. Hirvonen 1994 s. 86–88 ja 102, joka puhuu *huonon omantunnon periaatteen* ulottamisesta kaikille rikosoikeuden tasoille. *Oikeudessa* on aina (*oltava!*) mukana eettinen puoli, joka vaatii oman toimintansa itsereflektiivistä pohtimista. Niin voimassa olevasta oikeudesta väitteitä esittävän kuin rangaistuksia ja väärintekijän leimoja (enemmän tai vähemmän välillisestikin) langettavan on kerta toisensa jälkeen uskallettava kysyä: ”mitä oikein teen ja millä perustein?” Tällaisten kysymysten ulkoistaminen muille (vaikkapa lainsäätäjälle, oikeusteoreetikoille, traditiolle, enemmistölle,

Pessimismi ja piittaamattomuus kuuluvat lopulta yhteen. Juuri pessimismi on se, mikä erottaa tietoisessa riskinottamisessa piittaamattomuuden *kevytmielisyydestä*. Optimisti ei usko ottamiensa riskien aktualisoituvan, vaan ottaa riskejä kevyin mielin. Pessimistiltä tämä ei onnistu – hän joutuu kerta toisensa jälkeen hyväksymään sen, että riskinotto voi hyvinkin päättyä ikävästi.²⁴²

Piittaamattomuus ja sen aiheuttama huono omatunto tiivistyvät väitöskirjani osalta myös siihen, että jo sen kirjoittaminen merkitsee silmien ja korvien ummistamista parhaille mahdollisille neuvoille. Omasta – ja tietysti jälleen kerran: täysin subjektiivisesta – mielestäni niin argumentaatioissaan vakuuttavin kuin kauneudessaan vaikuttavinkin kotimainen kuvaus oikeudesta kun näyttäisi kehottavan johonkin täysin päinvastaiseen kuin väitöskirjojen laatimiseen. Juha-Pekka Renton teos *Prudentia iuris* (1988) huipentuu oikeuden perustavanlaatuisen paradoksiin: mitä enemmän pyristelemme kohti ajallista ja vajavaista oikeuttamme, sitä enemmän kylvemme ympärillemme kuolemaa. Maailman oikeudellinen hahmottaminen edellyttää totalitaarista ylimielisyyttä; asioiden pelkistämistä käsityskyvyillemme riittäviksi yleistyksiksi ja yksinkertaistuksiksi. Nöyryys ja rakkaus edellyttävät pikemminkin hiljaisuutta – maailman jättämistä rauhaan. En voi kuin toivoa, että *humilitas* ja *caritas* voisivat esityksessäni edes hillitä sitä *superbiaa* ja *iustitiaa*, joka oikeustieteilyyn välttämättä kuuluu. Pessimistinä pelkään kuitenkin pahoin löytäväni itseni lopulta kädet veressä. Voi hyvin olla, että olisi kannattanut noudattaa viisaampansa neuvoa; olla hiljaa ja juoda myrkky.²⁴³

”To assert one’s self in a demand for justice entails the murderous claim of reducing the world to one’s own mind, whereas silent perseverance lets the world in peace. So as not to draw more blood on our heads than we needs must, we should therefore, perhaps, drink the bitter hemlock and obey.”

Jumalalle tms.) merkitsee uskonvarmuuden varaan heittäytymistä (Hirvosen termein puhdasta voimankäyttöä ja väkivaltaa erotuksena oikeudesta ja oikeustieteestä), joka edelleen saattaa johtaa mitä ikävimpiin lopputuloksiin. Samalla se on (ainakin jossain määrin) välttämättömyys resurssiltaan rajalliselle yksilölle, joka ei kerta kaikkiaan kykene ajattelemaan ja koettelemaan kaikkea. Edellä mainittujen kysymysten esittäminen – ja etenkin niihin vastaamisen yrittäminen – on mitä vaivalloisinta puuhaa. Se ei aina ole laisinkaan mukavaa – saati johda minkäänlaisiin konkreettisiin ja välittömiin hyötyihin.

²⁴² Rikosoikeudellis-semanttisesta *kevytmielisyyden* (lätsinnighet), *piittaamattomuuden* (likgiltighet), *yhdentekevyyden* (Leichtfertigkeit) yms. analyysistä ks. esim. Ulväng 2016 s. 187–207 ja myös 220, josta selviää – tietysti! – ettei optimistinen usko ole suinkaan ainoa tapa erotella vaikkapa kevytmielisyyttä ja piittaamattomuutta. Ks. myös Birnbaum 2000 s. 248, joka käsittelee saksalaisen *Leichtfertigkeit*-syyksiluettavuuden tietoista (bewusste) ja tiedotonta (unbewusste) varianttia.

²⁴³ Rentto 1988 s. s. 417–419. Lainaus on sivulta 419.

6. ALUN LOPUKSI

Olen edellä yrittänyt kuvata niitä perustavanlaatuisimpia tutkimuksellisia teesejä, joiden varassa lähdän seuraavaksi rikosoikeudellista huolimattomuutta tutkimaan. Kyse on pitkälti joukosta julistuksenomaisia ja maailmojasyleileviä väitteitä siitä, mitä voimassa olevan oikeuden tutkimuksen eli lainopin tulisi mielestäni olla – tai, mitä se ainakin ihan hyvin voisi yrittää olla. Vaikka olen pyrkinyt väitteitäni yleisellä tasolla selittämään ja perustelemaan, jäävät ne tällaisinaan varsin merkityksettömäksi sanahelinäksi. Ja tällaiseksi ne pitää itsessään myös ymmärtää jättää. Olennaista on se, miten onnistun rikosoikeudellista huolimattomuutta edellisten metoditeesieni varassa tutkimaan. Mitä eklektia, traditioon muodostettava persoonallinen suhde, rehellisyys ja pessimistinen piittaamattomuus todella tarkoittavat – ja onnistunko niitä edellä maalailemassani merkityksessä ylipäänsä edes noudattamaan? Voiko rikosoikeutta – ja tarkemmin rikosoikeudellista huolimattomuutta – käsitellä ja ymmärtää tällaisten lähtökohtien varassa? Ja onnistuuko tämä jollain tapaa jopa paremmin, kuin mihin aiempien yritysten varassa on päästy? Ymmärtävään kriittisyyteen tähtäävän lukijan ei auta kuin noudattaa aikojen saatossa niin apostoli Filippuksen kuin kulttuurikriitikko Harold Bloominkin antamaa ikiaikaista neuvoa: on *tultava* ja *katsottava itse*²⁴⁴!

Oikeuden ja sitä tutkivan tieteen maailmassa kaikki on mahdollista. Henkilö, joka luulee tekevänsä monipuolista ja tehokasta tutkimusta ottaen ajatuksia sieltä täältä ilman niiden syvällistä ymmärtämistä saattaa loppujen lopuksi päätyä tekemään pinnallista ja jo omien premissiensäkin valossa kestävätkö tutkimusta. Aivan samaten syvälliseen ymmärrykseen tähtäävä henkilö saattaa huomata tutkimuksensa muodostuneen yhdentekeväksi syväluotaukseksi lopulta varsin mielenkiinnottomaan aiheeseen, joka vieläpä saattaa lukijakunnalle jäädä käsittämättömäksi. Tai sitten ei. Tai sitten voi tapahtua vielä jotain aivan muuta. Oikeudessa ja oikeustieteessä kaikki on mahdollista. Jotta mahdollisuuksien sijaan voisi puhua jostain konkreettisesta ja todesta, ei auta kuin katsoa itse miten milloinkin on lopulta käynyt – ja yrittää vielä omakohtaisestikin välillä pysähtyä pohtimaan omia tekemisiään! Kaikki mitä tutkimuksessani seuraavaksi tapahtuu on kaiken edellä mainitun konkretisointia.

Oikeus, ja siis myös siihen sisältyvä rikosoikeus ja edelleen rikosoikeudellinen huolimattomuus ovat edellisen perusteella jonkinlaisia Popperin 3-maailmassa asustavia ideaaleja, joita lainoppineiden yhteisö pyrkii mitä erilaisimmista näkökulmista käsin muodostettavien valokeilojen varassa tuijaillemaan. Jos tiedonintressinä on ymmärtää rikosoikeudellista huolimattomuutta sellaisena kuin se *suomalaisessa rikosoikeudessa* ilmenee, on etenemisjärjestys edellä määrittämiäni tutkimuksellisten teesien valossa melko selvä. Aluksi on tietysti katsottava, millaisia näkökulmia aiheeseen on kotimaisessa rikoslainopissa tarjolla. Traditioon turvaava hermeneuttikko ei kuitenkaan voi sännätä noin vain rikosoikeudellisen huolimattomuuden kimppuun. Muutenhan aihetta koskeva ymmärrys uhkaisi jäädä varsin pinnalliseksi. Sen sijaan on maltettava ottaa askel taaksepäin ja aloittaa kysymällä, miten tuottamusta voisi ymmärtää kotimaisen rikosoikeuden puitteissa. Eklektikko huomauttaa tässä kohdin, ettei ole olemassa ”kotimaista rikosoikeutta”,

²⁴⁴ Joh. 1:46 ja Bloom 2000, joka ei nimenomaisesti halua erottaa lukemiseen liittyviä *miksi* ja *miten* -kysymyksiä toisistaan (s. 20). Francis Baconin, Samuel Johnsonin sekä R. W. Emersonin ohjeita yhdistellen Bloom kiteyttää lukuohjeekseen: ”find what comes near to you that can be put to the use of weighing and considering, and that addresses you as though you share the one nature, free of time’s tyranny” (s. 22), ja edelleen: ”Read deeply, not to believe, not to accept, not to contradict, but to learn to share in that one nature that writes and reads.” (s. 29)

vaan Nuutilan, Nuotion, Fränden, Melanderin, Tolvasen, Tapanin ynnä monien muiden enemmän tai vähemmän perusteltuja kantoja siitä, miten rikosoikeutta tulisi ymmärtää. Lisäksi on joukko aiheita koskevia korkeimman oikeuden kantoja siitä, mitä vähintäänkin ”kaikki asianomaiset noudattakoot”, ja edelleen läjäpäin alempien oikeusasteiden aiheita koskevia ratkaisuja. Myös lainsäädäntöpuolelta löytyy itse aiheita koskevien säännösten ohella melkoinen määrä lainvalmisteluaineistoa, jossa säännösten taustoja ainakin yritetään avata. Olennaiseksi kysymykseksi nousee ensinnäkin se, keitä kaikkia tähän rikosoikeutta määrittelevään auktoriteettien ja eliitin piiriin on syytä lukea ja kuka klubilaisista milloinkin on mitenkkin paljon oikeassa.

Näihin kysymyksiin vastaaminen edellyttää paitsi oikeuslähde- ja tulkintaoppia myös perustavanlaatuisempaa käsitystä rikosoikeudellisen ajattelun malleista. Tätä ongelmavyöhytää lähdetään seuraavaksi purkamaan pohtimalla suomalaisen rikosoikeuden erilaisia *rationaalisuuksia*. Tarkoituksena on löytää kotimaisen rikosoikeuden tradition valossa mahdollisimman perusteltu tapa ymmärtää ja tutkia rikosoikeudellista huolimattomuutta. Samalla tulee toivon mukaan osoitettua konkreettisesti, mitä ”radikaali tulkinnanvaraisuus” rikosoikeuden saralla merkitsee.

OSA I

KENEN OIKEUS JA MIKÄ RATIONAALISUUS?

”(B)riefing is not reading. In fact it is the antithesis of reading. Briefing is terse, factual and to the point. Reading is untidy, discursive and perpetually inviting. Briefing closes down a subject, reading opens it up.”

“I wonder whether I can bring Your Majesty back to the visit to the shoe factory,” said Sir Kevin.

“Next time,” said the Queen shortly. “Where did I put my book?”

(Alan Bennett, *The Uncommon Reader*²⁴⁵)

1. ALUKSI

Tatu Hyttinen on suhteellisen tuoreessa kirjoituksessaan ilmaissut huolensa rikosoikeuden opiskelijoiden valmiudesta arvioida erilaisten rikosoikeutta koskevien (normatiivisten) väitteiden validiteettia – puhuen tältä osin opiskelijoiden ”tietoteoreettisesta ymmärryksestä”, tai siis ymmärtämättömyydestä. Tarkemmin ottaen kyse on Hyttisen toiveesta, jonka mukaan opiskelijoiden tulisi kyetä hahmottamaan erilaisten rikoslainopillisten kantojen validiteetti karkean tosi/epätosi - akselin sijaan relatiivisena ja argumentatiivisena *hyväksyttävyytenä* – vähintäänkin silloin, kun kannanotto koskee muita kuin itsestään selviä rutiinitapauksia. Hyttisen vastaus ongelmaan on laatia asiaa koskeva ”piilo-opetussuunnitelma”, jonka avulla opiskelijoiden mieliin iskostettaisiin ymmärrys rikosoikeusnormatiivisen tiedon epistemologiasta.²⁴⁶ Kuten jo aiemmasta jaksosta ilmenee, olen Hyttisen kanssa tismalleen samaa mieltä rikosoikeudellisen tiedon luonnetta ja validiteettia koskevien tietoteoreettisten kysymysten perustavanlaatuisesta tärkeydestä. Olen samaa mieltä myös siitä, että asiaa koskevan ymmärryksen kasvaessa usko *totuuksiin* alkaa haaleta pelkän *hyväksyttävyyden* tavoitteluun. Nähdäkseni Hyttinen menee pieleen siinä, että kirjoituksensa perusteella hän näyttäisi kuitenkin uskovan sellaisen *tietoteoreettisen* totuuden olemassaoloon, joka voidaan opetuksen yhteydessä tarjoilla – tai Hyttisen termein ”ujuttaa” tai ”hivuttaa” – opiskelijoille. Pelkään tämänkaltaisen polun johtavan nopeasti juurikin sellaiseen auktoritatiiviseen ajatteluun ja opettajakeskeiseen tiedonvälitykseen, josta Hyttinen itsekin varoitelee²⁴⁷.

Näkemyserojamme voinee kuvata ajatuksella oikeudellisen ajattelun tasoista. Hyttinen on valmis ulottamaan relativisminsa rikoslainopin pintatasolle varoen kertomasta opiskelijoilleen rikoslain ”tosi” sisältöä, mutta tämän perustana olevia ”rikosnormatiivista tietoa koskevia tosiasioita”²⁴⁸ hän sen sijaan ujuttaisi näille vaikka vaivihkaa. Menen itse relativismissani aavistuksen syvemmälle; nähdäkseni oikeudellisesta ajattelusta on erotettavissa erilaisia rationaalisuuksia, joiden valossa muun ohella myös tietoteoreettiset kannat – ja edelleen lainopillisten väitteiden validiteetit – määrittyvät. Enkä tällaisia rationaalisuuksia ainakaan kovin seikkaperäisiä ”piilo-opintosuunnitelmia” seuraillen uskaltaisi muille lähteä hivuttelemaan, vaikkakin toki ymmärrän, että kaikki omatkin väitteeni ja käsitykseni oikeudesta tällaisia rationaalisuuksia auttamatta sisältävät.

²⁴⁵ Bennett 2007 s. 22.

²⁴⁶ Hyttinen 2019 s. 139–141.

²⁴⁷ Hyttinen 2019 s. 141 ja 150.

²⁴⁸ Hyttisen käyttämää tietoteoreettista terminologiaa on välillä vaikea ymmärtää; hän puhuu yhtäältä ”normatiivisten faktojen” opetettavuuden vähenemisestä sitä mukaa mitä syvemmälle rikosoikeudellisessa ymmärryksessä pyritään pääsemään, mutta toisaalta ”rikosnormatiivisten tosiasioiden” riittävästä sisäistämisestä. Jälkimmäisiä Hyttinen luonnehtii perusteiksi, joiden varaan syvällisempi ymmärrys rikosnormatiivisen tiedon luonteesta voidaan rakentaa. (Hyttinen 2019 s. 149)

Raimo Lahti päättää kotimaisen rikosoikeustieteen kehityslinjoja (ennen kaikkea kotimaisten väitöskirjatutkimusten sekä Dan Fränden tuotannon valossa) tarkastelevan kirjoituksensa kappaleeseen, joka on otsikoitu pyrkimykseksi ”Kohti yhä rationaalisempaa rikosoikeudellista systeemiä ja käsitteenmuodostusta systeemiajattelun ja kontekstuaalisen tulkintatavan ristipaineessa”. Kappaleessa Lahti luettelee kirjoittajia (Tapani, Pirjatanniemi, Knuts, Matikkala, Vihriälä ja Hyttinen), jotka Lahden mukaan tällaiseen pyrkivät.²⁴⁹ Lienee päivänselvää, että kyseiset teemat ovatkin löydettävissä vaikkapa juuri kaikkien edellä mainittujen väitöskirjoista. Se, mihin itse seuraavaksi keskityn on se, miten käsitys ”rationaalisuudesta” näyttäisi kuitenkin eroavan huomattavasti (muun muassa) näiden eri teosten välillä. Keskeinen väitteeni suhteessa Lahden tekstiin onkin se, että lukija syyllistyy hyvin vaaralliseen älylliseen laiskuuteen hyväksyessään tuosta vain Lahden lopussa esittämän väitteen, jonka mukaan suomalainen kriminaalipolitiikka (ja sitä kautta kaiketi myös lainoppi) olisi muuttunut yhä rationaalisemmaksi ja humanimmaksi²⁵⁰. Lahdella on varmasti omat (ja monelta osin ihan hyvätkin) perusteensa näin väittää, mutta se, että vaikkapa edellä mainitut kirjoittajat ylipäänsä puhuvat rationaalisuudesta tai edes humanisuudesta, ei tähän riitä. Rationaalisuus, kun näyttäisi merkitsevän itse kullekin enemmän tai vähemmän eri asioita!

Mitä sitten on tämä *rationaalisuus*? Kysymys ei liene juuri helpompi kuin jo käsitelty kysymys siitä, *mitä on oikeus*. Täsmennettäessä kysymys muotoon: *mitä on oikeutta koskeva rationaalisuus*, voitaneen se todeta itse asiassa tismalleen yhtä vaikeaksi.

Oikeus ja rationaalisuus, aivan kuten *yhdenvertaisuus*, *objektiivisuus* tai vaikka *hyvyys*, ovat pahimmanlaatuisia ”ryväskäsitteitä”²⁵¹. Ne eivät tarkoita itsessään juuri mitään, vaan edellyttävät taakseen mitä erilaisimpia sitoumuksia saavuttaakseen edes jonkinlaisen sisällöllisen täsmällisyyden. Se, että kertoo haluavansa tehdä suomalaisesta rikosoikeudesta ”rationaalista”, ”humania” tai ihan vain ”hyvää” jää itsessään varsin merkityksettömäksi. Se tarkoittaa suunnilleen saman verran, kuin jos itse kertoisin haluavani tehdä ”rehellistä” tutkimusta. Kuulijaa jää kiinnostamaan – tai ainakin häntä pitäisi jäädä kiinnostamaan – mitä tämä ”rationaalisuus”, ”humanisuus” tai ”rehellisyys” tarkalleen ottaen on. Yleensä tähän on mahdotonta antaa vastausta kovinkaan yleisellä tasolla. Eikä tällaiseen usein ole mitään syytäkään, koska yleisen tason tutkimus vaikkapa ”rationaalisuuden” tai ”rehellisyiden” kaltaisista aiheista on nimenomaan oma tutkimuksensa. Juuri tässä piilee syy siihen, miksi *piittaamattomuus* on vähänkään konkreettisempiin tuloksiin tähtäävälle lainopilliselle tutkimukselle välttämättömyys.

Esimerkiksi Kaarlo Tuori on kirjoittanut kirjan otsikolla ”*Oikeuden rationaalisuus*” (1988). Pelkkä alaotsikkoon asti lukeminen osoittaa, että tarkemmin ottaen kyse on

²⁴⁹ Lahti 2017 s. 543–544. Tarkalleen ottaen kyseisen 6. kappaleen otsikko kuuluu ”Mot ett alltmer rationellt straffrättsligt system och mot en alltmer rationell begreppsbildning. Om spänningsförhållandet mellan systemtänkande och ett kontextuellt tolkningssätt”.

²⁵⁰ Lahti 2017 s. 545.

²⁵¹ Miksi sukupuolen, iän tai painon mukaan jaotellut kilpasarjat eivät loukkaa urheilijoiden yhdenvertaisuutta, mutta vaikkapa pituuteen tai (peli)älykkyyteen perustuvat sarjat eivät tulisi kuuloonkaan? Onko ns. alppimajojen (tai happimaskien) käytössä kyse alavilla mailla asuvien kestävyysurheilijoiden yhdenvertaisuutta parantavasta harjoittelumetodista, ja mikä erottaa epo-hormoonin käytön tästä? Urheiluun liittyvistä yhdenvertaisuuskysymyksistä ks. esim. Kinnunen 2012 s. 127–129. Ks. myös vaikkapa Eriksson 1979 s. 40–43 liittyen muuttuvaan yhdenvertaisuuskeskusteluun opiskelijoiden äidinkielen tai ihonväriin perustuviin vähimmäismääriin liittyen. Entä miksi kosmeettisesta häpyhuulileikkauksesta suuria summia maksava ruotsalaisnainen nähdään yksilönvapauden ilmentymänä, mutta itsensä hunnun taakse verhoava musliminainen puolestaan lähinnä surullisena esimerkkinä yhteiskunnallis-uskonnollisesta sorrosta? (ks. Lernstedt 2010 s. 171) Kaikkiin edellä mainittuihin kysymyksiin on annettavissa (useitakin!) perusteltuja vastauksia – ei kuitenkaan *ainoastaan* vetoamalla ”yhdenvertaisuuteen” tai vaikka ”oikeudenmukaisuuteen”.

Max Weberin ja Jürgen Habermasin ajattelua koskevasta tutkimuksesta. Mikäli lukemista jatkaa itse leipätekstin ensimmäisille sivuille käy selväksi, että kyse on Weberin ja Habermasin länsimaisen rationaalisuuden erityisluonnetta koskevista tulkinnoista, jotka johtavat heidät hyvin erilaisiin tuloksiin oikeutta koskevissa tarkasteluissaan²⁵². Joka katsoo parhaaksi kahlata läpi koko teoksen, oppii, että pelkästään Weberin länsimaista rationaalisuutta koskevat käsitykset voi Tuorin (ja kaiketi myös Habermasin) mukaan jaotella niin itse toimijan kuin muidenkin näkökulmasta – kummastakin – neljään eri tasoon tai lajiin, joista ainakin osan voi jaotella vielä hienojakoisemmin. Lopputuloksena on koko joukko erilaisten etuliitteiden avulla erotettuja rationaalisuuksia; *tavoite-*, *arvo-*, *sääntö-* ja *valintarationaalisuus* sekä *instrumentaalinen* ja *normatiivinen* rationaalisuus. Ainakin tavoiterationaalisuuden voi edelleen jakaa *muodolliseen* ja *sisällölliseen*.²⁵³

Tämän tutkimuksen kannalta on se ja sama löytääkö joku Weberin ajattelusta vielä lisää erilaisia rationaalisuuksia. Väliä ei ole silläkään, vaikka jonkun mielestä niitä olisi vähemminkin. Olennaista on sen sijaan se, mitä Tuori pahoittelee lukijalleen jo alkusanoissa: hänen esittämänsä erilaisten rationaalisuuskäsitteiden, -tasojen ja -ulottuvuuksien viidakko voi tuntua kovin vaikeakulkuiselta. Tuori tohtii kuitenkin kainosti muistuttaa lukijaansa siitä, *ettei rationaalisuus ehkä olekaan aivan yksinkertainen asia*.²⁵⁴

Juuri tätä olisi syytä muistutella myös 2000-luvun lainoppineille. Asia kun tuntuu kotimaisessa keskustelussa unohtuneen juurikin niihin aikoihin, jolloin edellä mainittu Tuorin teos on julkaistu. Eräänlaisena kulminaatiopisteenä voi ehkä pitää heti seuraavaa vuotta 1989, jolloin Aulis Aarnio julkaisi suomenkielisen *Laintulkinnan teoria* -oppikirjansa muodossa noin 25 vuoden aikana kiteytyneen käsityksensä siitä, mitä oikeustiede ja oikeusajattelu ylipäänsä oikein ovat²⁵⁵. Teoksessa olennaista roolia näyttelee niin sanotun oikeudellisen argumentaatioteorian kehittäminen. Kyse on oikeudellisen tulkinnan teoreettisesta ja optimaalisesta mallista, jonka avulla Aarnio pyrkii osoittamaan, miten niin lain käyttäjän kuin lainoppineenkin tulisi oikeudellista ratkaisutoimintaa tai tutkimusta harjoittaessaan menetellä²⁵⁶. Aarnion nimenomaisena tavoitteena on *rekonstruoida* sellaisen oikeudellisen tulkinnan perustelu, jota voitaisiin pitää *ideaalisena* määräedellytysten vallitessa. Kyse ei siis ole oikeudellisen tulkinnan justifioinnin *kuvailevasta* tai *normatiivisesta* teoriasta, vaan ainoastaan sen paljastamisesta, mikä jo sisältyy oikeuskulttuuriimme kätkeytyviin tavoitteisiin ja odotuksiin.²⁵⁷ Tässä tarkoituksessa Aarnio hahmottelee

²⁵² Tuori 1988 esim. s. 3 ja edelleen s. 10, 59, 185 ja 186.

²⁵³ Tuori 1988 s. 11–16.

²⁵⁴ Tuori 1988 s. 5. Nimenomaan rationaalisuus-käsitteen monimerkityksisyys onkin se opetus, joka Tuorin mukaan Weberiltä on saatavissa (Tuori 2000 s. 151–154). Erilaisista rationaalisuuskäsityksistä hieman erilaisesta (tarkemmin ottaen marxilaisen ideologiakritiikin) näkökulmasta ks. vaikkapa Eriksson 1980 s. 108–110 ja 112–114, joka toteaa esim. oikeusdogmaattisten argumentaatiomuotojen olevan suoraan yhteydessä hallinnollis-poliittisen systeemin toimintamalliin, ja siis yhteiskunnassa vallitsevaan käsitykseen rationaalisuudesta.

²⁵⁵ Näin Aarnio itse luonnehtii kirjaansa (Aarnio 1989a s. 5).

²⁵⁶ Aarnio 1989a s. 154 ja 222. Argumentaatioteorian aarniolais-alexylais-peczenikilaisista (ehkä myös -macormickilaisista) vaiheista ks. Aarnio 2006 s. 53–56, jossa jonkinlaiseksi kulminaatiopisteeksi nostetaan edellisten vuosina 1975–1979 julkaisemat tutkimukset sekä näiden taustalla vallitseva etenkin Friedrich Carl von Savignyyn ja Karl Larenziin henkilöityvä keskieuropalainen traditio. Argumentaatioteoriasta kiinnostuneen kannattaa katsoa myös Eriksson 1966, jossa jo tuolloin ”modernin” argumentaatioteorian juuret kytketään hyvin eri tavoin kreikkalaisen ja keskiaikaisen filosofian traditioon sekä hegelilais-marxilaiseen dialektiikkaan ja edelleen neuvostoliittolaiseen oikeusajatteluun. Myös Aarnio 2006 s. 169–171 ja 173 ulottaa tarkastelunsa *retoriikan* osalta antiikkiin. Aarnio 2014 s. 78–79 toteaa edellisen Erikssonin artikkelin ”varsinaiseksi lähtölaukaukseksi analyttisen oikeusteorian sisäiselle muutokselle” – sen ”*retoriselle käänteelle*”.

²⁵⁷ Aarnio 1989a s. 190–191. Ymmärtääkseni esim. Husa 1997 s. 1027–1028 nostaa juuri tämän tieteenfilosofisesti arveluttavimmaksi seikaksi Aarnion oikeusteoriassa. Jos lähtökohdaksi otetaan oikeudellinen ajattelu (tai ratkaisutoiminta) *sellaisena kuin se on*, ajaudutaan helposti jonkinlaiseen kehäpäättelmään: lainopin tieteellisyys perustellaan jo harjoitettavalla lainopilla, joka puolestaan perustuu käsitykseen jo harjoitettavan lainopin tieteellisestä luonteesta. Samantapaisesti Aarnion

osatekijät, joiden varaan oikeudellinen tulkinta rakentuu: oikeuslähteet, oikeudellisen tulkinnan säännöt ja periaatteet (eli tulkintakannanottojen rationaalisuusehdot sekä tulkintastandardit) sekä tulkinnan tavoitteet ja arvot. Näiden osatekijöiden puitteissa ei ole osoitettavissa yhtä ainoaa oikeaa ratkaisua, mutta sen sijaan tietyn tulkintakannanoton on kylläkin mahdollista väittää olevan toista *paremmin* perusteltu.²⁵⁸ Argumentaatioteoria huipentuu Chaïm Perelmanin auditorioteorian pohjalta kehiteltyyn ajatukseen ideaalisesta ja partiaalisesta auditoriosta, jonka puitteissa on saavutettavissa *rationaalinen konsensus*. Tältä pohjalta Aarnio muotoilee niin sanotun *regulatiivisen periaatteen*, jonka mukaan tulkinta- tai normikannanottoja esittävän lainopin samaten kuin lainkäytön tulee pyrkiä *tuloksiin, jotka voisivat rationaalisesti harkitsevassa oikeusyhteisössä saavuttaa enemmistön tuen*.²⁵⁹ Oikeusyhteisön *rationaali* harkinta liittyy nimenomaan diskurssiteorian edustamaan rationaalisen keskustelun malliin (ns. ”D-rationaalisuus”), joka on *kulttuurisidonnainen* ja ilmentää näin Aarnion itsensäkin mukaan lähinnä länsimaisten jälkiteollisten yhteiskuntien mielikuvaa järkevyydestä. Aarnio huomauttaakin, ettei ole olemassa yhtä ja ainoata, ihmiseen yleensä liittyvää rationaalisen harkinnan muotoa.²⁶⁰

Moderni argumentaatioteoria on Aarnion mukaan vastaus siihen, mitä on se käytännölliseksi nimetty päättely, joka näyttää metodisesti hallitsevan yhtä hyvin lainkäyttöä kuin lainoppiakin. Kyse on oikeudellisten ratkaisujen perustamisesta modernin demokraattisen yhteiskunnan edellyttämällä tavalla mielivallan sijaan ”syihin ja lakiin”, *perusteisiin* – vastaamisesta kysymykseen ”*miksi* asia päätettiin juuri näin?”²⁶¹ Aarnio itse huomauttaakin heti teoksen alussa kyseessä olevan vain yhden tutkijan näkemys oikeusteoreettisesta kysymyksenasettelusta, johon ei ole olemassa ehdottomia totuuksia – eikä edes kaiken peittäviä vallitsevia mielipiteitä – vaan pikemminkin erilaisten käsitysten muodostamia valokeiloja, joiden välityksellä syntyy se monenkirjava kuva, jota oikeusteoriaksi tai yleiseksi oikeustieteeksi nimitetään.²⁶²

Ajatus argumentaatioteoriasta ”yhtenä monista näkemyksistä” ei kuvaa kovinkaan osuvasti asemaa, jota teoria on nauttinut kotimaisessa lainopissa viimeiset 30 vuotta. Ennen kaikkea argumentaatioteoriaan sisältyvään ajatukseen oikeuslähteiden kolmiportaisesta jaottelusta velvoittavuutensa mukaan ”vahvasti” ja ”heikosti” velvoittaviin sekä ”sallittuihin” törmää edelleen siellä täällä lainopillista kirjallisuutta, jossa sen osalta viitataan enemmän tai vähemmän epämääräisesti ”aarniolais-

oikeusteoriaa oli jo aiemmin kritisoinut Klami 1978 s. 168 ja 173–174. Aarnio itse näyttäisi (ainakin siis myöhemmin) näkevän argumentaatioteoriaansa ”heikosti normatiivisena”, jopa suoranaisena *hyvän* argumentaation *mallin* tai *idean* tarjoajana (Aarnio 2014 s. 146).

²⁵⁸ Aarnio 1989a s. 261–263.

²⁵⁹ Aarnio 1989a s. 278–285 ja 309–310. Juuri regulatiiviseen periaatteeseen tiivistyy Aarnion argumentaatioteorian ydinsisältö (Aarnio 2006 s. 196–197, joka luonnehtii sitä Kantin kategorisen imperatiivin ”pehmennekyksi” versioksi, joka kietoutuu ajatukseen demokraattien toteutumisesta oikeusyhteisössä). Aarnio 2014 s. 176 puhuu tältä osin ”*kultaisesta säännöstä*”.

²⁶⁰ Aarnio 1989a s. 306–307. Diskurssiteoria kuuluu ns. *proseduraalisiin* teorioihin, jotka sitovat lopputuloksen (esim. lainopillisen tulkintakannanoton) ”oikeellisuuden” kysymykseen siitä, onko tulos syntynyt rationaalisen harkintaprosessin kautta. Lopulta teoria vain varmistaa ns. reilun kompromissin edellytykset (tai puitteet) olematta suoranaisesti edes kiinnostunut siitä, saavutetaanko jossain konkreettisessa tapauksessa lopulta kompromissia tai konsensusta vai ei. Sellaisten saavuttaminen kun riippuu viime kädessä sisällöllisistä lähtökohdista, jotka puolestaan oikeudesta keskusteltaessa kytkeytyvät yksilöllisiin ja yhteisöllisiin intresseihin ja edelleen paitsi tosiasioihin myös arvoihin ja arvostuksiin. (s. 307–309) Ks. myös Aarnio 2006 s. 269–276, jossa Aarnio täsmentää D-rationaalisuuden ja koherenssin sääntöjä ja periaatteita ottaen samalla ymmärtäkseni myös hieman etäisyyttä *rationaalisen konsensuksen* tavoitteluun (s. 266–268).

²⁶¹ Aarnio 1989a s. 149, 156 ja 183.

²⁶² Aarnio 1989a s. 5. Samoin Aarnio 2006 s. 11–15, jossa tämä kertoo vierastavansa ajatusta toisella tavalla ajattelevista vastustajinaan. ”Pikemminkin paras oppi tulee erilaisuuden kohtaamisesta”. Teoreettinen keskustelu on lopulta ”korttitalon” pystyttämistä ja sen kumoon puhaltamista” ja ”(e)rimielisyys on kehityksen ehto”. Samalla Aarnio myöntää, ettei ”likikään aina” ole tällä tiellä onnistunut.

peczenikiläiseen”²⁶³ oikeuslähdeoppiin. Samalla tapaa lainopillisille esityksille on tyypillistä sitoa lainopin ”metodi” edellä kuvatuin tavoin ”oikeudelliseen argumentaatioon”, jonka avulla tuotetaan ”paremmin tai huonommin perusteltuja” tuloksia. Tämän kaltaiset kannanotot ovat hyvin yleisiä mitä käytännöllisemmän lainopin piirissä liikutaan. Näin siitä huolimatta, että on täysin selvää, ettei ”aarniolais-peczenikiläinen oikeuslähdeoppi” ole kyennyt kovinkaan vakuuttavasti (tai ainakaan kaikkia tyydyttävällä tavalla) selittämään jo 1990-luvulla alkaneita merkittäviä oikeuslähteisiin liittyviä muutoksia, eikä pelkkä ”oikeudelliseen argumentaatioon” ja ehdottomien totuuksien puuttumiseen viittaaminen tarkoita vielä itsessään juuri mitään metodikeskustelun tasolla.²⁶⁴

Esimerkiksi Sakari Melander toteaa vuoden 2008 väitöskirjassaan, ettei ”peczenikiläis-aarniolainen” oikeuslähteiden velvoittavuuden tasoon perustuva ja tällä tavoin staattinen oikeuslähdeoppi ole vastannut vallitsevaa oikeudellista todellisuutta enää 1990-luvulta lähtien, mihin syynä ovat ennen kaikkea oikeuden kansainvälistymis-, eurooppalaistumis- ja valtiosääntöistymiskehitys sekä myös oikeuden fragmentaatio eli eriytyminen. Nämä kun ovat johtaneet oikeudenalakohtaisen, ongelmälähtöisen, tilannesidonnaisen ja siis ennen kaikkea joustavamman oikeuslähdeopin tarpeeseen.²⁶⁵ Raimo Siltala on puolestaan huomauttanut, etteivät oikeusperiaatteiden kaltaiset oikeudelliset ratkaisustandardit noudata minkäänlaista staattista oikeuslähdeoppia. Samalla Siltala on kuitenkin muistuttanut Aarnion ja Peczenikin itsensäkin katsovan oikeuslähdeopillisen hierarkiansa *prima facie* -luonteiseksi jaotteluksi, josta on mahdollista poiketa ”all things considered”.²⁶⁶ Myös Jussi Syrjänen löytää Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopeista dynaamisia piirteitä, vaikkakin arvelee niiden painotuksen olevan kuitenkin staattisuuden puolella.²⁶⁷ Lopulta yleisen tason oikeuslähdeopilliset teoriat jäävät helposti siinä määrin abstraktille ja epämääräiselle tasolle, että eri henkilöiden näkemykset itse minkäkin teorian staattisuudesta tai joustavuudesta saattavat vaihdella huomattavasti. Esimerkiksi Mårten Knuts toteaa vuoden 2010 väitöskirjassaan, ettei hänen oma oikeuslähdeopillinen käsityksensä poikkea tavanomaisista pohjoismaisista oikeuslähdeopeista viitaten Aarnion, Peczenikin sekä

²⁶³ Peczenikillä kolmiportainen jaottelu rakentuu termien ”skall”, ”bör” ja ”fär” varaan – tai englanniksi ”must”, ”should” ja ”may”. Kyseisen erottelun Peczenik suorittaa ensi kerran teoksessa *Juridikens metodproblem* (1974), jonka pohjalta Aarnio 2006 s. 285 kertoo miesten yhteistyön oikeuslähdeopin saralla alkaneen. Huomattakoon, että etenkin ns. deonttisessa normilogiikassa suositut modaaliverbit, tai modaaliset operaattorit, (englanniksi ”shall”, ”must”, ”ought”) eivät taivu kovinkaan luontevasti suomen kielelle (Hytinen 2015 s. 171 alav. 130). Esim. Tolonen 2003 s. 27 toteaa Aarnion oikeuslähteitä koskevan erittelyn toimineen niin kotimaisen oikeustieteen kuin -käytännönkin eräänlaisena virallisena oppina jo 1980- ja 1990-luvulla, minkä aikana sitä on kritisoinut lähinnä Pekka Timonen (ks. esim. Timonen 1989, jonka keskeisenä väitteenä on, että tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeopit eroavat tosiasiaa toisistaan olennaisilta osin jo lähtökohdiltaan, eikä niitä näin voi arvioida yhtäläisin (vaikkapa Aarnion tai Peczenikin kehitlemin idealistisin) mittapuin). Myöhemmin painavaa kritiikkiä niin Aarnion kuin Peczenikin oikeuslähdeoppeja kohtaan on esittänyt Suomessa myös Jussi Syrjänen (2008 s. 155–190). Samalla Syrjänen on huomauttanut, ettei Aarnion ja Peczenikin oppeja ole perusteltua samaistaa niistä lähemmässä tarkastelussa ilmenevien eroavuuksien johdosta. Lisäksi Syrjänen korostaa niin Aarnion kuin Peczenikin oppien myös muuttuneen ajan myötä.

²⁶⁴ Todettakoon, että esim. Aarnio 2006 s. 291–340 on sinällään pitänyt oikeuslähdeopin (jatkuvan) päivittämisen tarvetta ilmeisenä sisällyttäen kyseisessä yhteydessä omaan malliinsa esim. juuri kansallisen oikeuden ulkopuolisia eurooppaoikeudellisia normistoja sekä antaen perustuslain normeille uudenlaisen erityisaseman. Lisäksi Aarnio käsittelee periaatteiden asemaa oikeuslähdeopissa. Huomattakoon, että Aarnio asemoi päivityksensä nimenomaisesti *systemisidonnaisen oikeusajattelun puolustukseksi* – ns. tilanneherkän lainopin vastapainona (s. 328). Sen sijaan Aarnio 2014 s. 221–265 käy mielestäni päivittämään oppejaan vielä olennaisemmin puheen mm. *ongelma-*, *oikeusala-*, jopa *tilannekohtaisesta* oikeuslähdeopista sekä oikeuslähteiden *polysentriasta*.

²⁶⁵ Melander 2008a s. 13 ja 45.

²⁶⁶ Siltala 2003 s. 219, 248, 285–286, 296 ja 311–312. Lisäksi on syytä huomata Aarnion 2006 s. 289, 292, 295 ja 336–337 itsensä todenneen oikeuslähdeoppien oikeudenalakohtaisen hajautumisen olleen havaittavissa jo 1980-luvulla ja katsonut perustelluksi puhua jonkinlaisen yhtenäisen oikeuslähdeopin sijaan *ongelma-*, *oikeusala-* tai jopa *tilannekohtaisesta* oikeuslähdeopista.

²⁶⁷ Syrjänen 2008 s. 173–185 ja 202–203. Samoin esim. Hytinen 2015 s. 143–146 pitää aarniolais-peczenikiläiseen oikeuslähdeoppiin kohdistettua kritiikkiä osittain perusteettomana, joskin sinällään myös selvänä, ettei se täysin vastaa enää tämänhetkistä oikeudellista todellisuutta (etenkään monilla rikosoikeuden ulkopuolisilla oikeudenaloilla).

Eckhoffin 1980- ja 1990-luvulla laatimiin opuksiin, mutta todeten samalla asiaa koskevan suomalaisen keskustelun puhjenneen kukkaan vasta 2000-luvulla. Knutsille myöhemmässä keskustelussa tosin on kyse vain aiempien oikeuslähdeoppien variaatioista.²⁶⁸ Aarnio itse näkee oman teoriansa nimenomaan joustavana, tilanneherkkänä ja avoimena muutokselle, eikä siis allekirjoita syytöksiä staattisuudesta alkuunkaan²⁶⁹.

Oikeuslähdeopillisia ongelmia onkin syytä lähestyä konkreettisemmin, mihin onkin tarjolla erinomainen tuore kotimainen esimerkki, joka liittyy ennen kaikkea juuri oikeuslähteiden ”hierarkiaa” koskevan kysymyksenasettelun monimutkaisuuteen ja tilannesidonaisuuteen. Kyse on 2010-luvun alussa esille nousseesta kysymyksestä korkeimman oikeuden oikeuskäytännön oikeuslähdeopillisesta roolista rangaistuksen mittaamisen osalta. Kysymys on rikosoikeudellisen oikeuslähdeopin kannalta perustavanlaatuisen tärkeä, mutta jäänyt perusteettoman vähälle huomiolle – ja pitkälti kehnosti perusteltujen kannanottojen varaan.

Ratkaisussaan KKO 2011:102 (kohta 19) korkein oikeus kiteytti rangaistuksen mittaamisharkinnan tapahtuvan kulloinkin kyseessä olevan lain määrittämän rangaistusasteikon puitteissa siten, että huomio suunnataan ensin KKO:n nimenomaan mittaamista koskeviin ennakkoratkaisuihin. Mikäli tällaisia ei löydy, voidaan KKO:n mukaan huomioida myös muut samaa rikosta koskevat KKO:n ratkaisut, joissa on kysymyksenä aktualisoitunut muun ohella rangaistuksen mittaaminen. Jos tällaisiakaan KKO:n kannanottoja ei ole löydettävissä, tai asiaa koskeva prejudikatuuri on niukkaa, voidaan huomiota kiinnittää myös rangaistuskäytäntöä kuvaaviin tilastollisiin tai muihin selvityksiin edellyttäen, että niistä ilmenevää rangaistustasoa voidaan RL 6 luvun 3 ja 4 §:stä ilmenevät rangaistuksen mittaamisperusteet huomioiden pitää oikeudenmukaisena. Kantansa korkein oikeus on toistanut ratkaisuissa KKO 2017:9 (kohta 8) ja 2017:23 (kohta 7).

Luettaessa korkeimman oikeuden itsensäkin mainitsemia lainsäännöksiä vaikuttaa edellinen linjaus välittömästi ongelmalliselta. RL 6:3.1:n mukaan rangaistusta määrättäessä otetaan huomioon ”kaikki lain mukaan rangaistuksen määrään ja lajiin vaikuttavat perusteet sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys”. Nimenomaisesti rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavia perusteita täsmennetään RL 6:4–8a:ssä. Sen sijaan ”rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä” ei sen kummemmin lain tasolla määritellä.

Rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä on mahdollista tavoitella usein eri tavoin. Yksi mahdollisuus on muodostaa jo olemassa olevaa oikeuskäytäntöä kuvaavia tilastollisia malleja, joiden kautta uusien mittaamisratkaisujen tekijä voi pyrkiä sovittamaan omat ratkaisunsa yhteen vaikkapa aiempien keskiarvojen tai muun vastaavan kanssa. Toinen mahdollisuus on sitoa mittaamisharkinta jonkinlaisen auktoriteetin (tässä

²⁶⁸ Knuts 2010 s. 23 erit. alav. 65. Ks. myös Hyttinen 2015 s. 141–142, joka niin ikään pitää ”aarniolaista” ja siis lain velvoittavuutta korostavaa (staattista) oikeuslähdeymmärrystä ainakin rikosoikeuden kannalta edelleen relevanttina perusmallina, mutta katsoen aiheelliseksi tehdä kyseiseen perusmalliin kaksi täsmennystä (ja nimenomaan perus- ja ihmisoikeuksien pohjalta). Siitä, kuinka ”staattinen” (tai vaikka ”aarniolainen”) on Hyttisen kaksisuuntainen malli, jossa oikeuslähteiden relevanssi hahmotetaan eri tavoin riippuen, onko rikostuomio syyksi lukea vai vapauttava, voi tietysti olla montaa mieltä. Esim. Hakamies 2012 s. 41–62 (, jonka ajatuksiin Hyttinen viittaa samansuuntaisena näkemyksenä) puhuu nimenomaan (rikosoikeudellisen) oikeuslähdeopin muuntumisesta dynaamisempaan suuntaan.

²⁶⁹ Aarnio 2014 s. 209–223. Tältä osin on syytä huomata Aarnion suorittavan erottelun yhtäältä oikeuslähde*teorioihin* ja toisaalta oikeuslähde*opeihin*. Ensimmäiset merkitsevät jonkinlaista filosofista konstruktiota siitä, mitä oikeuslähteet ovat, mikä on niiden toiminnallinen funktio ja miten ne asettuvat osaksi oikeusjärjestystä. Vasta jälkimmäiset ovat normatiivisia ja kertovat siis juristeille, miten näiden tulisi oikeuslähteiden kanssa toimia. En ole lainkaan vakuuttunut siitä, että syytökset Aarnion teorian (vai opin?) staattisuudesta selittyisivät jotenkin tällä pois –, tai että olisin edes täysin onnistunut ymmärtämään, mistä Aarnion esittelemässä jaotellussa oikein on kyse.

tapauksessa siis korkeimman oikeuden) tekemiin valintoihin, joita muut omissa mittaamisratkaisuisaan sitten seuraavat. Nämä malliratkaisut voivat toki edelleen pohjautua esimerkiksi korkeimman oikeuden tekemiin tilastollisiin²⁷⁰ tai muihin selvityksiin vaikkapa alempien asteiden rangaistustasoista. Perustavanlaatuinen ero edellä hahmotelluilla malleilla näyttäisi olevan kuitenkin se, että siinä missä ensimmäinen perustuu jonkinlaiseen yksittäisten ratkaisujen keskiarvoihin, on jälkimmäisessä kyse auktoriteetin seuraamisesta.

Molempiin malleista sisältyy perustavanlaatuisia ongelmia. Erilaisten rangaistustilastojen hyödyntämisestä on kotimaisessa rikoslainopissa kiistelty siitä lähtien, kun asiaa koskevia selvityksiä on ryhdytty suuntaamaan lainkäyttäjien työn tueksi²⁷¹. Aivan vastaava keskustelu olisi tarpeen KKO:n 2010-luvulla tekemän linjauksen osalta.

KKO:n esittelijänä toimineen Heikki Kemppisen asiaa koskevat kirjoitukset eivät valitettavasti tätä tarvetta täytä. Syynä tähän on juurikin Kemppisen omaksuma aivan liian yksinkertainen ajatus oikeuslähdeopista. Asiaa koskevassa vuoden 2018 artikkelissaan Kemppinen keskittyy 2000-luvulle ajoittuvaan kehityskulkuun, jonka myötä aiemmin harvalukuiset rangaistuksen määräämistä koskevat ratkaisut ovat ennen kaikkea 2010-luvulla muodostuneet merkittäväksi osaksi KKO:n prejudikatuuria. Kemppisen mukaan kehityskulun ”merkkipaaluksi” käy nimenomaan ratkaisu KKO 2011:102, jossa KKO omaksui rangaistuksen mittaamisen osalta suunnannäyttäjän roolin, ja jonka seurauksena rangaistuksen määräämistä koskevien ratkaisujen osuus prejudikatuurissa on kasvanut. Kehityksen eräänlaiseksi ”lakipisteeksi” Kemppinen katsoo puolestaan ratkaisu KKO 2017:9 ja myös 2017:23, joissa KKO pyrki ensimmäisen kerran linjaamaan kokonaan uudestaan tiettyä rikosta koskevaa rangaistuskäytäntöä.²⁷²

Kemppisen havainnot KKO:n ratkaisukäytännössä tapahtuneista muutoksista pitävät varmaankin paikkansa ja myös hänen ratkaisuihin sisältyvien oikeusohjeiden luokittelunsa ovat ihan perusteltuja. Ongelmana on se, ettei Kemppinen kiinnitä lainkaan huomiota siihen oikeuslähdeopilliseen vallankumoukseen, joka KKO:n vetämään linjaan sisältyy, vaan tyytyy tältä osin viittaamaan aihetta koskevaan ruotsalaiseen keskusteluun ja siihen, kuinka asiasta ei Kemppisen havaintojen mukaan ole vastaavaa keskustelua Suomessa käyty. Varsinaiseksi ongelmaksi – tai sanatarkasti ”haasteeksi” – Kemppinen nostaakin lähinnä vain muutoksenhakuun liittyvät erityiset (ja usein nimenomaan vastaajavetoiset) prosessiasetelmat.²⁷³ Aivan samanlainen oikeuslähdeopillinen näkemyksettömyys vaivaa Kemppisen yhdessä toisen tuolloin niin ikään KKO:ssa esittelijänä toimineen Jukka Siron kanssa laatimaa artikkelia KKO:n oikeuskäytäntöön kohdistuvasta viittaamiskäytännöstä samaiselta vuodelta 2018, jossa kirjoittajat tyytyvät KKO:n ennakkopäätösten oikeuslähdeasemaa esitellessään viittaamaan nimenomaisesti vain ”perinteiseen” aarniolais-peczenikiläiseen oikeuslähdeoppiin muistuttaen kyllä mahdollisuudesta hahmottaa oikeuslähdeoppia muutenkin, mutta todeten, ettei näihin vaihtoehtoihin ole kirjoituksen osalta tarkoituksenmukaista mennä²⁷⁴. Lukija havaitsee tästä kumpuavan

²⁷⁰ Lisäksi on toki huomattava, ettei vaikkapa rajanveto tilaston, taulukon tai suosituksen välillä aina ole kovinkaan tarkkarajainen ja esim. *normi* ja *normaali* voivat merkitä yhdelle keskiarvoa ja toiselle tavoitetta!

²⁷¹ Ks. esim. Melander 2019 s. 364–365.

²⁷² Kemppinen 2018 s. 869–870, 878–880, 883–884 ja 886–887.

²⁷³ Kemppinen 2018 s. 881–882, 887 ja 889–890.

²⁷⁴ Kemppinen–Siro 2018 s. 496–497. Aivan samalla tavoin Jyrki Virolainen on omassa KKO:n tällä kertaa oikeuskirjallisuuteen kohdistuvaa viittauskäytäntöä tarkastelevassa tekstissään rajoittunut Aarnion ja Peczenikin ”staattiseen oikeuslähdeoppiin”,

ristiriitaisuuden helposti. Sivulla 497 Kempainen ja Siro toteavat, ettei prejudikaateilla ole Suomessa muodollista sitovuutta, vaan että ”prejudikaattiarvo” syntyy tosiasiallisesti laadullisin perustein, mikä vieläpä niin sanotuissa kiperissä tapauksissa korostuu. Käsiteltäessä ratkaisua KKO 2011:102 todetaan kuitenkin – ilman minkäänlaista asian kyseenalaistamista – KKO:n muotoilleen tapauksessa eräänlaista rangaistuksen määräämisen oikeuslähdeoppia, mihin kirjoittajat toteavat KKO:n ”joutuneen” ryhtymään (s. 502–503 ja 514). Ajatus KKO:n ennakkoratkaisuista muodollisen auktoriteetin sijaan perustelujensa laadun johdosta velvoittavina sopii huonosti tilanteeseen, jossa KKO – ilman asian perustelemista, ja siis auktoriteettinsa turvin – sanelee, millainen oikeuslähdeopillinen asema sen ennakkotapauksille olisi annettava.

KKO:n perustuslain tasolla säännelty asema ylimpänä (yleisenä) tuomioistuimena, joka muun muassa yksittäistapauksia ratkomalla ”valvoo” alempien, mutta samanaikaisesti kuitenkin riippumattomien tuomioistuinten toimintaa (PL 3.3 § ja 99.2 § sekä myös L korkeimmasta oikeudesta 1 §) on kaukana yksiselitteisestä. Se, missä määrin KKO voi ”valvontansa” puitteissa ohjata alempien – mutta siis edelleen *riippumattomien* – tuomioistuinten toimintaa, on monimutkainen ja vaikea valtiosääntöoikeudellinen kysymys, jolla on merkitystä muun ohella prejudikaattien oikeuslähdeopilliseen asemaan. Näiden kysymysten sivuuttaminen KKO 2011:102 kaltaisten linjanvetojen kohdalla on hämmäntävä osoitus kotimaisen (rikos)lainopin vähäisistä resursseista²⁷⁵.

jonka toteaa Suomessa vakiintuneeksi (Virolainen 2012 s. 4). Virolainen menee kuitenkin oikeuslähdeoppia koskevassa tarkastelussaan huomattavasti Kempinistä ja Siroa syvemmälle, mikä johtuu jo siitä, että viittaamisen laadullisella puolella on Virolaisen tutkimuksessa huomattavasti suurempi merkitys.

²⁷⁵ Esim. Tolvanen 2012 kritisoi kyllä sinällään korkeimman oikeuden ratkaisua 2011:102 yksittäistapauksellisesta näkökulmasta varsin ankarasti (ja mielestäni pitkälti varsin hyvin perustein) sivuuttaen kuitenkin käytännössä kokonaan edellä mainitun ratkaisun sisältävän yleisemmän tason linjanvedon. Esim. Koistinen 2020 erit. s. 122–123 ja 128–129 arvioi ratkaisun KKO 2017:9 pohjalta yhtäältä rangaistustaulukkojen ja toisaalta KKO:n peräänkuuluttaman mittaamisperusteiden monipuolisemman huomioinnin etuja keskenään problematisoimatta kuitenkin hankkaan yleisemmän tason oikeuslähdeopillista kysymystä prejudikaattien nostamisesta tilastollisen (ja korkeimman oikeuden sijaan siis ennen kaikkea alempien asteiden varaan rakentuvan) rangaistuskäytännön edelle. Sakari Melander ymmärtää sentään nostaa avoimesti esiin KKO:n linjauksen merkitsevän huomattavaa poikkeamista aiemmasta – ja siis *yleisen* (myös ali)oikeuskäytännön varaan rakentuvasta – normaalirangaistusajattelusta. Normaalirangaistusajattelu ilmentää Melanderin mukaan ”traditiosidonnaista rikoslainkäyttöä”, jolle siis KKO:n uuden linjan mukaan jää ”varsin vähän sijaa”. Sinällään Melander katsoo KKO:n perustelulausuman (KKO 2011:102 kohta 19) perustuslain ja oikeudenkäymiskaaren mukaiseksi. (Melander 2019 s. 358–359, 362–363 ja 370) Itse olisin tämän lisäksi kiinnostunut myös *rikoslainmukaisuudesta*. Edellä mainitun perustein en ole lainkaan vakuuttunut, että RL 6:3.1:stä olisi syytä lukea KKO:n tavoin. Nykyisin lähinnä artikkelien kautta käytävään keskusteluun liittyvästä yksipuolisuudesta yleisesti ks. myös Vuorela–Keinänen 2014, jotka oikeuslähdeoppeja etenkin eduskunnan valiokuntakannanottojen näkökulmasta pohtiessaan osoittavat sinällään kyllä tuntevansa Aarnion ohella sentään myös Tolosen oikeuslähdeopin ja jopa ylipäänsäkin yksittäisten oikeuslähteidenkin ympärillä käydyin kriittisen kotimaisen keskustelun (s. 793–794). Tästä huolimatta kirjoittajat päätyvät omaksumaan ”subjektiivisen laintulkinnan teorian” pitäen sitä vieläpä vallitsevana (s. 795) ja problematisoimatta lainkaan sen kaltaisia kysymyksiä kuin, kuka tämä ”historiallinen lainsäätävä” lopulta on ja miten ihmeessä hänen (tai sen?) tarkoituksista lopulta päästään selville? Huomattakoon, että Vuorelan ja Keinänen omaksuma kanta tarkoittaa, että valiokuntien kannanottojen oikeuslähdeopillinen merkitys rajoittuu vain niiden sillä kertaa käsittelemiin lakiesityksiin, eikä valiokuntien kannanotoilla näin olisi oikeuslähdeopillista (muodollista tai velvoittavaa) asemaa sikäli kun ne koskevat jo olemassa olevaa lainsäädäntöä. Kyseinen kanta – saatikka sen ”vallitsevuus” – saavuttaisi tuskin kannatusta esimerkiksi monienkaan valtiosääntöoikeustieteilijöiden keskuudessa. Se kun näyttäisi vähintäänkin puoltavan ajatusta perustuslain tulkittamisesta ainoastaan sitä säädettäessä lausuttujen valiokuntakannanottojen valossa. Sama pätsi kaiketi ihmisoikeuksiin – olisihan käsittämättömät, että eduskunnan valiokunnalla olisi käsitys kansainvälisen sopimuksen joskus menneisyydessä laatineiden osapuolien todellisesta tahdosta (kuten Vuorela ja Keinänen s. 796 alav. 87 toteavat). Vrt. esim. Lavapuro 2010 s. 215–216 ja myös 228–241, joka nimenomaan painottaa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön roolia ”yleisine tulkintalinjoinen” perusoikeussäännösten sisältöä etsittäessä. Ks. myös Melander 2016 s. 87–90, joka toteaa niin ”subjektiivisen” kuin ”objektiivisenkin” teorian saavan tukea KKO:n oikeuskäytännöstä. Ks. myös esim. oman (joskin toki ruotsalaisen) tutkimuksensa hyvin vahvasti juuri lainvalmisteluaineistoon pohjaava Anderberg 2015 s. 22, joka on Vuorelan ja Keinänen kanssa täysin vastakkaisella kannalla todeten juristin etsivän lakien esitöistä eräänlaista *objektiivista* merkitystä – ei jonkinlaista ”historiallista lainsäätäjää”. Aiheen monimutkaisuudesta ks. vielä Hyttinen 2015 s. 242–246 ja 252–253, joka näyttäisi *systemaattisen tulkintametodin* osalta päätyvän Vuorelan ja Keinänen tavoin painottamaan juuri lainsäätäjän alkuperäistä tarkoitusta – joskin tällöinkin nimenomaisesti korostaen kyseessä olevan vain rikosoikeudellista lainsoveltamisoppia koskeva valinta – ja *teleologisen tulkintametodin* kohdalla puolestaan lain objektiivista tarkoitusta!

Todettakoon, että Kaarlo Tuori on korkeimmalle oikeudelle antamassaan asiantuntijalausunnossa (, joka kaikeksi onneksi on julkaistu!) käsitellyt tuomioistuinten niin perustuslaissa kuin ihmisoikeusinstrumenteissakin turvattua riippumattomuutta suhteessa tuomioistuinlaitoksen sisäisiin ohjausmekanismeihin, jollaiseksi siis myös KKO 2011:102 linjanveto voidaan nähdä. Kyseinen yksittäisten (ali)oikeuksien ”oikeusasteen sisäistä” riippumattomuutta turvaava sääntely asettaa Tuorin mukaan tiukat rajat KKO:n mahdollisuuksille valvoa oikeudenkäytön yhtenevyyttä. Tuorin varovainen näkemys tulee ilmi esimerkiksi siinä, että hän katsoo suhteellisen yksityiskohtaiset vaikkapa rangaistuksen määräämiseen liittyvät sisällöllisiä neuvoja sisältävät kirjalliset suositukset (mukaan lukien hovioikeuksien niin sanotut lauluhankkeet) lähtökohtaisesti ongelmallisiksi. Tuori katsookin suositeltavaksi, että jopa rangaistuskäytännön seuraaminen uskottaisiin tuomioistuinlaitoksen ulkopuolisen, ja myös asian vaatimat tieteelliset valmiudet omaavan tutkimuslaitoksen tehtäväksi.²⁷⁶

Tuori ei ota kirjoituksessaan edes kantaa KKO:n prejudikaatillaan suorittamaan ohjeeseen siitä, millaiseen oikeuslähdeopilliseen perustaan rangaistuksen mittaaminen tulisi sitoa. Edellisen valossa lieenee selvää, ettei hän ainakaan kovin varauksettomasti ottaisi tällaista vastaan. Tuorin tekstistä on syytä nostaa esille myös olennainen vallanjaollinen puoli, joka Kemppiseltä, ja Siroilta, tuntuu jäävän huomaamatta. PL 8 §:n rikosoikeudellinen laillisuusperiaate pidättää normiohjauksen nimenomaan eduskunnan tehtäväksi²⁷⁷. Muiden tahojen suunnalta tulevat lainkäyttöön vaikuttavat ohjauspyrkimykset ovat rikosoikeudessa lähtökohtaisesti epäilyttäviä.

Tarkoitukseni ei ole ollut tyrmätä KKO:n aktiivisempaa roolia rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavana toimijana. On selvää, että KKO:n prejudikatuuri on suuri vaikutus alempien oikeusasteiden mittaamisratkaisuihin – ja hyvä niin. Olennaista on kuitenkin se, miten tämä vaikutus oikeuslähdeopillisesti perustellaan. ”Perinteinen” kotimainen kanta lieenee se, että KKO:n ennakkotapaukset ”seisovat tai kaatuvat *perustelujensa* varassa”²⁷⁸ – ne ovat ”heikosti velvoittavia”, mikä siis mahdollistaa niistä poikkeamisen, mikäli tämä voidaan *perustella*²⁷⁹. Esimerkiksi ratkaisut KKO 2017:9 ja 2017:23 edustavat hyvin perusteltua ja kaikin puolin järkevää yksittäistapauksellisten ratkaisujen kautta ilmaistua kantaa siitä, kuinka mittaamiskäytäntöä olisi syytä muuttaa²⁸⁰. Sen sijaan ratkaisu 2011:102 edustaa perustelematonta ilmoitusluontoista määräystä muuttaa oikeuslähdeoppia perustavanlaatuisesti ja yleisellä tasolla. Niin kauan kuin kotimaisen keskustelun saralla ei yletä asian tiimoilta nykyistä syvempiin pohdintoihin – eikä ennen kaikkea lainsäätäjät asiaan ota kantaa –, on esimerkiksi alioikeustuomarilla nähdäkseni aivan hyvät perusteet heittää ratkaisun KKO 2011:102 19-kohdan kaltaisilla linjauksilla vesilintua. Sen sijaan ratkaisujen 2017:9 ja 2017:23 kaltaiset kannanotot hänen on mitä suurimmat syyt omassa toiminnassaan huomioida. Sitä, mitä tämä oikeuslähdeopillisesti tarkalleen ottaen tarkoittaa eivät tosin nähdäkseni voi ilman

²⁷⁶ Tuori 2009 s. 104–105, 107 ja 109.

²⁷⁷ Tuori 2009 s. 107.

²⁷⁸ Ks. erit. Virolainen–Martikainen 2010, jossa koko teoksen motoksi asetetaan lause: ”Perusteluistaan tuomio punnitaan.” (s. v). Saman voi tietysti sanoa pätevän juridiseen tulkintaan ylipäänsäkin (Aarnio 2006 s. 173).

²⁷⁹ Ks. esim. Aarnio 2006 s. 252, joka sitoo enakkopäätöstuomioistuinten prejudikatuuriin ”todellisen arvon” ohjausinformaationa siihen, että informaatio on hyvin perusteltua.

²⁸⁰ Huumausainerikoksia koskevan rangaistuksen mittaamisen kannalta hyvin olennaisen ratkaisun KKO 2017:9 osalta ks. Koistinen 2020. Koistisen havainto siitä, kuinka enakkopäätös olisi ohjannut (Helsingin) hovioikeuskäytäntöä mittaamisen osalta RL 6:4:n mittaamisperusteiden aiempaa monipuolisempaan huomiointiin (ainoastaan huumausaineiden laatua ja määrää painottavien rangaistustaulukoiden sijaan) (erit. s. 120–122) merkitsee uskoakseni juuri sellaista *ohjausta*, jota ylempi oikeusaste parhaimmillaan voi alemmalle tarjota.

minkäänlaisia perusteita sanella oikeusneuvokset.²⁸¹ Lisäksi näistäkin kannoista voi kulloinkin ratkaisemissaan yksittäistapauksissa poiketa – mikäli tämän pystyy perustelemaan, eli tähän on syytä.

Tuore ratkaisu KKO 2020:45 edustaa edellä mainitun valossa tervetullutta kehityssuuntaa. Siinä korkein oikeus jatkaa tapauksien 2017:9 ja 2017:23 mukaista huumausainerikosten rangaistuskäytännön muovaamista perustelluilla kannanotoilla siitä, kuinka rangaistusta ei tulisi sitoa yksioikoisesti vain rikokseen liittyvien huumausaineiden määriin ja laatuihin, ja kuinka rangaistusasteikon yläpää tulisi jättää vain kaikkein vakavimmille rikoksille (yleisellä tasolla erit. kohdat 14–22). Ratkaisuun 2011:102 korkein oikeus ei viittaa lainkaan.

Oikeuslähteet, niiden hierarkia sekä muut käytösäännöt (eli tulkintaopit) ovat monimutkainen ja tärkeä kokonaisuus, jonka osalta kaikesta argumentaatioteoreettisten korulauseiden toistelusta huolimatta (tai juuri tällaisesta johtuen) ei vallitse järin suurta yhteisymmärrystä. Vielä paljon tärkeämpi seikka liittyy siihen sisällölliseen tyhjyyteen, jonka valtaan lainopin harjoittaminen pelkän argumentaatioteorian puitteissa helposti jää.

Juha-Pekka Rentto totesi jo Lakimies-lehdessä vuoden 1991 aikana kolmessa osassa julkaistussa kirjoituksessaan Aarnion oikeusteorian muodostuneen suomalaisessa oikeusajattelussa eräänlaiseksi *normaaliteoriaksi* epäillen suoranaisen kultin (vähintäänkin ”alaviitekultin”) muodostumista teorian ympärille siten, että teoreettisia kysymyksiä sivuavissa esityksissä oli osoitettava jonkinlaisten tieteellisten sopivaisuussäännösten perusteella kunnioitusta viittaamalla teoriaan jonkinlaisena juridisena yleissivistyksenä. Vaikka teorian varsinainen tuntemus perustuisi melko pintapuoliseen perehtymiseen.²⁸² Juuri tällaisen oikeusteorian paradigmaattiseksi malliksi muodostumisensa johdosta Rentto näkee kyseisen (sinällään ansiokkaaksi ja merkittäväksikin tunnustamansa) teorian suorastaan vaarallisen ja lähtee tekstissään tarkastelemaan teorian filosofista taustaa sen omien filosofisten ja yhteiskunnallisten paradigmojen ulkopuolella. Rentto korostaa, ettei hänen tarkoituksenaan ole osoittaa Aarnion teoriaa sinällään huonoksi, vaan ainoastaan yhdeksi mahdolliseksi – ja siis toisenlaiseen filosofiseen yhteyteen sijoitettuna ehkä hyvinkin huonoksi!²⁸³

”Loogisen positivismin ruokkiman perinteen lapsena” Aarniolla on taipumusta pitää ontologisia kysymyksenasetteluita joutavina tai vähintäänkin vaarallisina, ja tästä johtuen myös kiinnittää niihin luvattoman vähän huomiota. Rentto puhuuakin Aarnion

²⁸¹ Oikeuslähdeopillisesti kysymystä voi lähestyä vaikkapa edellisen tavoin auktoriteetti- ja asia-argumentaation välisen suhteen kautta. Kuten vaikkapa Jussi Syrjänen huomauttaa, ei kyseinen jaottelu tietystikään ole tyhjentävä tai tarkkarajainen, eikä sitä myöskään liene syytä nähdä hierarkiseksi. Argumentaatioksi ymmärretyssä oikeudessa asia ja auktoriteetti ovat komplementaarissa suhteessa toisiinsa. (Syrjänen 2008 s. 157–158) Aivan kuten vaikkapa *ethos*, *logos* ja *pathos*kin retorikaan maailmassa.

²⁸² Vrt. Aarnio 2014 s. 27–28, joka itse katsoo (sinällään ehkä parhaana suomenkielisenä teoksenaan pitämänsä) *Laintulkinnan teorian* jääneen lakimiesten suuren enemmistön silmiltä sivuun – vaikkakin toteaa siitä kyllä toivottavan yhä uudestaan uusintapainoksia.

²⁸³ Rentto 1991a s. 488–490. Kyse on lopulta siitä, millaisten filosofisten taustaoletusten varassa oikeudesta ryhdytään keskustelemaan. Aarnio on Renton mukaan auttamatta sidoksissa ”wittgensteinilaiseen elämänmuotoon” – aivan samoin kuin Rentto itse on aristotelisen filosofian elämänmuodon vanki! (Rentto 1990 s. 150) Vrt. Aarniolle 2006 s. 23 itselleen hänen ajatustensa tunnettuisuus Suomessa on kuitenkin jäänyt epäselväksi (espanjaa puhuvassa maailmassa ja Saksassa hän on ne jossain määrin havainnut tunnetuiksi), eikä hän ylipäänsä koe oikeusteoreetikolla mitään varsinaista seurakuntaa olevankaan (s. 49). Loogisen empirismin ja analyyttisen oikeusajattelun perinnettä läpi uransa (viimeistään kai 1960-luvulta asti) ”systeemisidonnaisena oikeusajatteluna” toteuttaneeksi tutkijaksi Aarnio sen sijaan tunnustautuu (erit. s. 23 ja 50–51) ja nostaa juurikin Wittgensteinin ajatukset lähteesi, josta on ”ammentanut enemmän vaikutteita kuin yhdestäkään oikeusfilosofian teoksesta” – vaikkei tämän ajatuksia monilta kohdin täysin ymmärräkään (s. 77, 199 ja 208).

”ontologiattomuudesta”²⁸⁴ Renton näkökulmasta Aarnio jättää oikeusajattelussaan huomioimatta filosofian historian vaikutusvaltaisimman ontologiateorian; Aristoteleen filosofiasta juurensa juontavan niin sanotun klassisen realismin, jonka Rentto tiivistää merkitsevän olemassaolon kolmijakoisuutta; asioilla on *aktuaalinen eksistenssi*, *potentiaalinen essenssi* sekä kullekin ominainen *liike*, jonka kautta potentiaali muuttuu aktuaalisuudeksi siten, että lajijominaisuudet siis toteutuvat yksilökohtaisessa olemassaolossa. Olemassaolo on siis liikettä, jossa mahdollisuus aktualisoituu.²⁸⁵

Rentto toteaa Aarnion rakentavan koko teoriansa järkevyyden, konsensuksen ja jonkinlaisen demokraattisen enemmistöperiaatteen ”epäpyhälle kolminaisuudelle”²⁸⁶. Tällaisen omakohtaisen ja riippumattoman ratkaisun korvaamisen auditoriohakuksella ratkaisulla Rentto pelkää johtavan henkilökohtaisen vastuun välttämiseen sekä ratkaisujen jälkikäteiseen markkinointiin, ja diskurssien vesittymiseen näin pelkäksi intellektuaalisiin kompromisseihin tähtääväksi kaupankäynniksi. Argumentaatioteorian ongelmaksi Rentto kiteyttääkin sen, miten *rationaalinen* yksimielisyys voidaan erottaa *tosiasiallisesta* yksimielisyydestä, jos rationaalisuudelle ei voida (eikä edes haluta) antaa mitään sisällöllistä määrettä^{287 288}. Lopulta Rentto näkeekin Aarnion teorian ilmeisenä osana viime vuosikymmenet suomalaista yhteiskuntaa vallinnutta konsensuspolitiikkaa, jossa on tärkeämpää saavuttaa yksimielisyys kuin hyviä ja oikeita lopputuloksia. Yksilön tasolla Rentto näkee enemmistöperiaatteeseen kytketyn diskurssietiikan yhtenä monista historian kehittämistä tavoista paeta henkilökohtaista ratkaisuvastuuta tilanteissa, joissa kilpailevat yhteismitattomat arvot voi aidosti ohittaa ainoastaan vapaan, omakohtaisen ratkaisun avulla. Rentto katsookin Aarnion diskurssietiikkaan kätkeytyvän lopulta juuri se totalitarismin siemen, jota Aarnio kaikin keinoin tahtoo yhden ainoan oikean ratkaisun ideaa kritisoidessaan ja reilujen kompromissien tekoa puolustaessaan

²⁸⁴ Rentto 1991a s. 494 ja 498. Aarnio itsekin kertoo oivaltaneensa ontologian keskeisen aseman oikeusajattelussa ”varsin myöhään” – ilman, että jonkinlaista ”valaistumista” olisi vieläkään tapahtunut (Aarnio 2014 s. 146 ja 150–153). Itse asiassa hän näyttäisi mieltävän (ylpeästi edustamansa) analyyttisen oikeusteorian kehityskulun varhaisesta *semanttisesta* vaiheesta *pragmaattisen* vaiheen kautta *epistemologiseen* ja *ontologiseen* vaiheeseen, joista viimeisen piirissä siis mm. Aarnio itse vielä työtään jatkaa. (Aarnio 2014 erit. s. 31 ja 146–147).

²⁸⁵ Rentto 1991a s. 499 ja Rentto 1991b s. 721–722.

²⁸⁶ Rentto 1991a s. 493–494. Ks. myös Aarnio 2006 s. 177, joka toteaa kompromissin ”järkevästi harkiten” pienemmäksi pahaksi kuin ratkaisematon ristiriita.

²⁸⁷ Havainnollisena tuoreempana esimerkkinä ks. Hyttinen 2015 s. 308–309, joka määrittelee rationaalisuuden kielenkäyttösääntöjen, loogisten välttämättömyyksien ja tieteellisesti kestävien perusteluiden hyväksymiseksi. Kyseinen yksi lyhyt tekstikappale, jonka Hyttinen rationaalisuuden nimenomaiselle määrittelylle esityksessään uhraa kuvastaa asiaa hienosti; nähdäkseni on päivän selvää, ettei ”rationaalisuus” tätä kautta tule juuri määritellyksi. Mitä ovat nämä kielenkäyttösäännöt, että mikä on Hyttiselle ”loogisesti välttämätöntä” tai ”tieteellisesti kestävä” – ja ajatteleko hän todella, että hänen lukijansa uskoo olevansa näistä Hyttisen (ja kai kaikkien muidenkin!) kanssa samaa mieltä? Kyse on – juuri niin kuin Hyttinen itsekin myöntää – rationaalisen keskustelun yleisistä *reunaehdoista* – ei jonkinlaisesta sisällöllisesti rationaalisuuden määritelmästä.

²⁸⁸ Rentto 1991c s. 1235 ja 1241–1244. Ks. myös esim. Wilhelmsson 2002 s. 260–262, jonka mukaan moderni *kontekstuaalinen* ja *pragmaattinen* oikeudellinen ympäristö (, johon kuuluu myös median oikeutta, ja etenkin tuomioistuinprosesseja, kohtaan tuntema aiempaa suurempi kiinnostus) edellyttää oikeudellisilta toimijoilta nimenomaan kykyä avoimeen moraalikielen koskevaan argumentaatioon sekä uskallusta kantaa henkilökohtaista moraalista vastuuta tekemistään ratkaisuihin. Ei esim. jonkinlaisen teknisen systeemin taakse piiloutumista. Niin ”Oikeuden Systemi”, ”Eettinen Systemi” kuin ”Rationaalisen Tienkään Systemi” eivät voi jonkinlaisina yleisen tason annettuina turvapaikkoina katkea juristia ratkaisujensa moraaliselta vastuulta. Sen sijaan juristi joutuu käymään henkilökohtaiseen moraaliseen diskurssiin. Ks. edelleen Nuotio 2003b s. 166–172, joka huomauttaa, ettei esim. ”partikulaarisen ideaalidiskurssin” määrittelyminen vaikkapa *rationaaliseksi* ja omia käsityksiään perustellusti muuttamaan kykeneviksi ihmisiksi ole ehkä välttämättä lopulta muuta kuin rationaalisuusominaisuuden uusi, ja vieläpä jorjoseenkin tautologinen, muotoilu – ”rationaalisuuden puhdasta projisointia ja postulointia siihen uutta lisäämättä”. Ymmärtääkseni niin Renton, Wilhelmssonin kuin Nuotionkin ajatus on, ettei juristi voi luottaa siihen, että asiat ratkeavat vetoamalla vaikkapa jonkinlaiseen yleiseen ”rationaalisuuteen”, vaan itse kunkin on oltava kiinnostunut myös siitä, mitä ”rationaalinen” milloinkin sisällöllisesti merkitsee. Ja kannettava vastuunsa tätä koskevasta valinnoistaan, tai sellaisten tekemättä jättämisestä. Tämän on huomannut myös esim. Hyttinen 2015 s. 276, joka nähdäkseni tosin lukeutuu Aarnion kanssa huomattavasti edellä mainittuja vahvemmin loogisen positivismin ja etenkin analyyttisen filosofian lapsiin. Todettakoon vielä, että hyvin samantapainen yhtäältä *yhteisönsä vakuuttamisen* ja toisaalta *omien persoonallisten arvostusten* välinen oikeudellisiin ratkaisuihin sisältyvä rajanveto-ongelma on löydettävissä peilaamalla myös vaikkapa Aarnion ja Aatos Alasen (esim. Alanen 1926) käsityksiä toisiinsa (ks. tästä Syrjänen 2008 s. 265–266 sekä 276–277, joka niin ikään lukeutuu Aarnion teorian moderneihin kritiikoihin (ks. erit. s. 175–186)).

välttää; kun ratkaisut delegoidaan yleiselle mielipiteelle, ei kenenkään tarvitse tuntea omantunnon tuskaa vääristä ratkaisuksista – tai kasvaa oman moraalisen autonomiansa osalta. Renton mukaan teoriaan onkin syytä suhtautua erityisin varauksin, mikäli ei halua uhrata todellisia oikeudenmukaisuuskysymyksiä yksimielisyydelle.²⁸⁹

Myöhemmässä jonkinlaisessa paitsi ajattelunsa lankoja yhteen kokoavassa myös monissa kohdin päivittävissä (jopa nimenomaisesti korjaavassa ja muuttavassa) teoksessaan *Tulkinnan taito* (2006)²⁹⁰ Aarnio näyttäisi kuitenkin lieventävän konsensusvetoista kantaansa. Rationaalisen harkinnan sääntöjä ja periaatteita viimeaikaisen keskustelun pohjalta täsmentäessään Aarnio toteaa ideaalisen ja siis D-rationaalisuutta täysin noudattavan harkintaprosessinkin saattavan johtaa tilanteeseen, jossa lopulta on jäljellä kaksi tai useampikin *yhtä vahvasti perusteltu* ratkaisuvaihtoehto. Syynä tähän on se, ettei pelkkä harkintaprosessi takaa harkitsijoiden intressien samuutta tai edes riittävää samankaltaisuutta, vaan ainoastaan eräänlaisen *pelikentän*, jolle lopulta mahtuu myös useampia yhtä hyväksyttäviä ratkaisuja. Eri henkilöiden intressit ja niihin perustuvat priorisoinnit kun yksinkertaisesti ovat kiinni muista tekijöistä kuin jonkinlaisesta rationaalisesta harkinnasta.²⁹¹ Maltillisesta arvorelativismistaan Aarnio pitää kuitenkin kiinni. Edellisen valossa ajatus yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta edellyttäisi jonkinlaisen luonnonoikeudellisen omantunnon tai *synderesis*-opin mallintamista ja tällaiseen Aarnio ei vieläkään ole valmis lähtemään.²⁹²

Sen sijaan Aarnio intoutuu pohtimaan nimenomaisesti ja useaan otteeseen ontologiaa ja kysymystä oikeuden olemuksesta. Itse asiassa Aarnio näyttäisi asettavan ontologian jonkinlaiselle kunniapaikalle koko teoksensa ”marssi-” tai ”askeljärjestyksen” kärkeen yhdistäen sen jo vuosikymmenet peräänkuuluttamaansa ”Tunne itsesi” -maksiimiin ja luonnehtien sitä jopa ”kenties perustavimmaksi elämäänsä määrittäväksi pulmaksi”! Koko teosta kannattelevaksi erotteluksi (”peruskolmioksi”) Aarnio asettaa rajankäynnin ontologian, epistemologian ja metodologian välillä. Kyse on *olemassaolosta*, *tiedosta* ja *menetelmästä*, joista nimenomaan ensimmäinen luo puitteet jälkimmäiselle ja edelleen viimeiselle. Ontologia eli oppi olemassa olevasta on tavallaan kaiken perusta; emme voi tietää mitään, emmekä voi rakentaa menetelmää tietämisemme tueksi, elleimme ole ainakin jollakin tavalla perillä siitä, mitä sellaista ylipäättään voidaan sanoa olevan olemassa, jota tutkitaan siitä jotakin tietääksemme. Lopulta juuri ontologia siis määrittää paitsi sen, mitä oikeus on, myös oikeustieteen luonteen tieteenä.²⁹³

²⁸⁹ Rentto 1991c s. 1272–1274.

²⁹⁰ Aarnio 2006 s. 27–29 itse pitää teosta kotimaisen oikeusajattelun teoriassa genreltään ”omalajisena”. Se ei ole oppikirja, ei tiettyyn teemaan keskittyvä keskustelupuheenvuoro, ei (”missään nimessä”) elämäkerta ja ”kaikkein vähiten” klassinen oikeusfilosofinen tutkimus. Aarnio arvelee (paremman luonnehdinnan puuttuessa) teoksessa olevan kyse jonkinlaisesta *synteisistä*, jossa Aarnio kertoo keskittyneensä erityisesti eri asioiden ja näkökulmien yhdistelyyn. Myös Kolehmainen 2006 s. 825 toteaa teoksen sisällöltään (ilmeisen tarkoituksellisesti) hyvin heteronomiseksi. Ks. vielä Aarnio 2014 s. 27–28.

²⁹¹ Aarnio 2006 s. 266–268 ja 276–280.

²⁹² Aarnio 2006 s. 280. Luonnonoikeudellisesta (ja etenkin kai Tuomas Akvinolaiseen henkilöityvästä) *synderesis*-opista ks. Rentto 1988 s. 263 ja 268–269, Rentto 1992a s. 107–109, Tolonen 1984 s. 98–114 sekä myös Klamin 1985 s. 267–268 kritiikki. Kyse on eräänlaisesta ihmisen omaatuntoa koskevasta säännöstä: tee ja tavoittele hyvää, vältä pahaa (*bonum est faciendum et prosequendum, malum est vitandum*), jonka esim. Rentto 1992a s. 61 toteaa (ainakin oman teoriansa puitteissa) tautologiaksi. Akvinolainen näyttäisi erottavan *synderesis*in ja omantunnon (*conscientia*) siten, että ensimmäisessä on kyse ”luontaisesta habituksesta”, jälkimmäisen viitatessa puolestaan mielessä olevaan aktiin (*Summa theologiae* s. 134–137 ks. myös s. 135 alav. a, jossa suomentaja Rentto huomauttaa koko *synderesis*-käsitteen alkuperän ja etymologian hämäräksi. Onpa koko käsitteen arveltu juontuvan kirjoitusvirheestä). Ks. vielä Aarnion 2014 s. 279–280 luonnehdinta juridisesta terveestä järjestä ja arvostelukyvyistä – *judiciumista*, jota Aarnio luonnehtii kyvyn sijaan enemmänkin asenteeksi tai taipumukseksi, ”oikeudentunnoksikin”.

²⁹³ Aarnio 2006 s. 26–27, 51–52, 134, 179, 183–195 ja 208–209. ”Tulkinnan taitoa ei voi olla, jollei ole edes hiljaista, opittuihin käytäntöihin perustuvaa ’taitajan tietoa’ siitä, mikä on tulkinnan kohde.” (s. 30) ”Ontologia ei sen vuoksi ole filosofien viisastelua. Siinä on perimmäältään kysymys juristin olemisesta juristina. Jos ja kun niin on asian laita, lakimies ei ole sisäistänyt

Aarnio kertoo viime vuosina löytäneensä klassisten yhtäältä *nominalististen* ja toisaalta *realististen* ontologiateorioiden väliltä ”kosolti tilaa” muunkinlaiselle ontologialle. Nominalistisia sävyjä sisältäneen vuoden 1967 väitöskirjansa jälkeen Aarnio kertoo siirtyneensä vähitellen (ennen kaikkea Eerik Lagerspetzin ja Georg Henrik von Wrightin avustuksella) jonkinlaiseksi *konventionalistiksi*, jolle ”(o)ikeuden ‘olemassaolo’ saattaakin olla monimutkainen vastavuoroisten uskomusten järjestelmä.” Vähintäänkin konventionalismi tarjoaa teoksen tarpeita ajatellen riittävän tarkan vastauksen siihen, missä mielessä erilaiset normit *ovat olemassa*.²⁹⁴ Ontologisten pohdintojensa pohjalta Aarnio erottaa normin *olemassaolon* sen *voimassaolosta* kertoen ajatelleensa aiemmin ensimmäistä koskevan kysymyksen kääntyvän aina jälkimmäiseen. Aarnio sitoo voimassaolon totuuttuun tapaan kolmiosaiseen kysymykseen 1) muodollisesta (systeemisestä) voimassaolosta, 2) tehokkuudesta ja 3) hyväksyttävyydestä. Olemassaolo on sen sijaan mutkikkaampi kysymys, eikä ratkea yksinomaan toteamalla oikeustieteen tutkimuskohteeksi edellä mainituin tavoin voimassa olevat normit.²⁹⁵

Aarnio luonnehtii oikeuden olemusta pitkin teosta usein eri tavoin. Milloin oikeus on sosiaalista vuorovaikutusta tai ”normitettu vuorovaikutusverkosto” (s. 100–101), milloin systeemi tai järjestelmä (s. 108 ja 297), milloin kommunikaatiota (s. 174), milloin kieltä (s. 196). Viimekätisesti Aarnio kertoo oikeuden perustan olevan *elämänmuodossa*. Tarkemmin ottaen Aarnio puhuu *kielen, ajattelun ja elämänmuodon* elementtien ”kolmiyhteydestä”, joiden varaan pohjautuu ”sen maailman konstituutio, jonka varaan käsitykseni oikeudesta rakentuu”.²⁹⁶

Aarnion oikeuden olemusta koskevat näkemykset jäävät ainakin itselleni melko epämääräisiksi²⁹⁷, mikä kai ”viimeisiin” kysymyksiin kuuluneekin. Uskoakseni jotain hyvin olennaista piilee kuitenkin niissä (oikeusteorialle epätyypillisiksi toteamissaan) ”jälkisanoina”, joihin Aarnio teoksessaan loppuviimeksi päätyy – ja jotka hän lukijan onneksi tämän kanssa jakaa. Aarnio aloittaa toteamalla oikeusajattelun sinällään täsmälliseksi ja formaaliksi ajattelun muodoksi (toki esim. luonnontieteisiin verrattuna omaleimaisella tavallaan). Oikeus on kuitenkin *myös* yhteisöllisyyttä ja ”kun naru keritään loppuun saakka, sen päässä on elämä. Oikeus on myös elämää. Se on elämää varten tuotettu ja elämä antaa sille sisällön.” Edelleen oikeusteorialle epätyypilliseen sävyyn Aarnio jatkaa: ”Mitä enemmän minulle on tullut ikää, sitä voimakkaammin koen oikeuden takaa elämän itsensä. Sen vuoksi oikeuden, kielen ja elämänmuodon yhteys on tullut ikään kuin ajatustapani kantavaksi rakenteeksi.” ”Oikeus on minulle nykyisin sananmukaisesti *osa elämää*.” ”Hyvä oikeus on osa

omaa ammattikuvaansa, jos hän ei koskaan aseta ’viimeisiä’ kysymyksiä. Hän toimii mekaanisesti, ulkoisten voimien (kuten taloudellisten tavoitteiden) ohjaamana, hän on ’Kohtalon käsinukke’, eikä sokeasti ja sen enempää ajattelematta elämänsä elävää mikään teoria voi pelastaa. Hän menee hautaan arkitutiineillaan. Mutta jos mieltä ottaa edes jonkinlaisen, vaikka kuinka hauraan otteen omasta elämästään, varsinkin jos pyrkii elämän sallimissa rajoissa hallitsemaan omaa jonkinasteisesti elämäänsä, ontologiallekin tulee arvo.” (s. 184)

²⁹⁴ Aarnio 2006 s. 26, 52–53, 72–74, 191–192 ja 225. Ks. myös Aarnio 2014 s. 152–154, jossa Aarnio kytkee konventionalistisen monenkeskiseen vuorovaikutukseen perustuvan uskomusjärjestelmäontologiansa wittgensteinilaisiin elämänmuotoihin; yhtenäinen uskomusjärjestelmämme *luo* elämänmuotomme jonkinlaisen yhteisyyden – elämämme perustan.

²⁹⁵ Aarnio 2006 s. 183 ja 192–195. ”On helppoa sanoa, että oikeustiede tutkii olemassa olevia oikeusnormeja. Vaikeus nousee esiin, kun on sanottava, mitä ’olemassaolo’ normien kohdalla tarkoittaa.” (s. 183)

²⁹⁶ Aarnio 2006 s. 55, 145 ja 208–217. Ks. myös s. 145–146, jossa Aarnio esittelee erilaisia yrityksiä hahmottaa elämänmuodossamme kiinni oleva ”vähimmäisluonnonoikeus”.

²⁹⁷ Ks. myös Kolehmainen 2006 s. 832 alav. 27, joka ei usko Aarnion normin ontologiaa koskevien käsitysten muodostavan homogeenista käsitystapaa ja toteaa aihepiiriin selkästi askarruttaneen Aarniota aivan viime vuosiin saakka. Ks. myös Aarnio 2014 s. 11–12 ja 19, jossa tämä arvelee kuuluvansa ”ikuisten etsijöiden sukuun” painottaen, ettei hänellä ole oikeustieteen harjoittajan sen paremmin kuin teoreetikkonakaan kenellekään annettavaa viisasten kiveä, vaan paremminkin epäily, joka on seurannut häntä alituisena matkakumppanina.

hyvää elämää.”²⁹⁸ Tältä pohjalta Aarnio päättää lopulta teoksensa oikeudellisen kasvatuksen merkityksen pohtimiseen sekä muutamaa ajatukseen *hyvästä elämästä* – ennen kaikkea antiikin kreikkaan sekä aineelliseen onneen uskovien, kiireisten ja omaan itseensä käpertyneiden, henkisen johtotähtensä hukanneiden kilpailuyhteiskunnan virtojen viemien hyvinvointiyhteiskunnan perillisten ravisteluun antiikin klassikoihin palautuvien ajatusten pohjalta. Sivutaampa tässä kaikessa (monen muun ohella!) Søren Kierkegaardia, lain *hengen* tavoittamista (sen *kirjaimen* ohella) sekä *judiciumia*, josta Aarnio puhuu ”elämän tuntea sormenpäissä” ja ”*elämänviisautena*”.²⁹⁹ Aarnio kertoo sijoittaneensa jo teoksen otsikkoon aristotelisena piiloviestinä ajatuksen oikeudellisen päätöksentekijän tarvitsemasta tietotaidosta, jonka jonkinlaiseksi vastapooliksi Aarnio maalailee ”silmälappujuristit” todeten suoranaisten hyökkäävästi: ”*Pykäläsokea juristi on ihmisen ja yhteiskunnan vihollinen*.”³⁰⁰

Aarnion ”omalajista” ja kaikesta huolimatta mielestäni monilta osin myös elämäkerrallista (ja vähintäänkin varsin henkilökohtaista) teosta voi tietysti lukea ja ymmärtää monin eri tavoin. Itselleni teos edustaa varsin radikaalia suunnanmuutosta kohti paitsi ontologian myös omantunnon ja persoonan vakavasti ottamista, jota ennen kaikkea Rentto jo edellä kaipasi. Ennen kaikkea teoksen jälkisanat *judiciumeineen* ja *kierkegaardeineen* ovat suorastaan yllättävä irtiotto siitä loogisen positivismin perinnöstä, jota Aarnion aiemmat tekstit ovat myös oman luentani mukaan huokuneet. Aarnio itse tosin kertoo ajatelleensa ”oikeutta elämän ehdoilla” jo vuosikymmeniä ja toteaa ”pykäläsokeudesta pois oppimisen” juristin elämänikäiseksi haasteeksi³⁰¹. Rentton ja Aarnion välisen ajatuksenvaihdon³⁰² valossa puhuisin itse mieluummin *Aarnion* elämänikäisestä haasteesta. Ja uskaltaisimpa vielä ennakoida monen 2000-luvun juristin joutuvan päinvastoin vielä opettelemaan erilaisten elämäntapojen keskellä nimenomaan pykälien arvoa. Niin tai näin Aarnion vuoden 2006 teos on valtavan arvokas lisä hänen jo ennestään vaikuttavaan (ja kotimaiseen ajatteluun valtaisesti myös vaikuttaneeseen) tuotantoon, joka oikeusajattelumme ymmärtämiseksi on syytä tavata jälkisanoina myöten tarkasti!

Olen edellä hahmotellut näkökulmia, jotka uskoakseni valottavat sitä haurautta, joka lainopilliseen ajatteluamme sisältyy. Olen tältä osin keskittynyt ”rationaalisuuden” käsitteeseen. Syynä tähän on suomalaiselle (rikos)oikeustieteelle ominainen tapa vedota ”rationaalisuuteen” jonkinlaisena itseisarvona, jonka kautta erilaisista valinnoista yritetään tehdä oikeutettuja niitä sen kummemmin miettimättä –, koska mikäpä olisi parempi kuin se ”rationaalinen” tai peräti ”rationaalisin” vaihtoehto.

Lähden seuraavaksi erittelemään tarkemmin oikeuden maailman erilaisia ”rationaalisuuksia” ennen kaikkea siis rikoslainopillisessa kontekstissa. Tarkastelutapani noudattaa edellistä ajatustani relativismin syvyydestä; jonkinlaisten

²⁹⁸ Aarnio 2006 s. 379–380.

²⁹⁹ Aarnio 2006 s. 379–405. Ks. myös Aarnio 2014 s. 18 ja 165–166, jossa tämä kuvaa filosofian harrastuksensa muutosta kysymyksestä ”mitä *juristina* teen” kysymykseen ”mitä minun *elämäni* *juristina* on” ja edelleen kysymysten kysymykseen: ”Mitä on *elämä*?”

³⁰⁰ Aarnio 2006 s. 379 ja 385. Samalla Aarnio tulee poikenneeksi varsin etäälle aiemmin painottamastaan rationaalisen ja demokraattisen diskurssin varaan pohjustetusta ajattelusta. Aarnio puhuu oikeustieteen tradition eteenpäin siirtämisestä, jonka hän uskoo ”tiedollisen eliitin” tehtäväksi. ”Suuret massat” kun eivät kykene mitään eteenpäin siirtämään, vaan asettuvat aina sen käytettäväksi, jolla on tarjota niille eniten niiden toivomia lyhytnäköisiä etuja. (s. 380)

³⁰¹ Aarnio 2006 s. 385 ja 398.

³⁰² Ks. erit. Aarnio 1989b s. 611–617 ja Rentto 1990. Kyseisessä ”elämänmuotojen keskustelussa” Aarniolle riitti esim. ihmisyyteen moraalisuuden osalta vielä demokraattiseen ja rationaaliseen keskusteluun antautuminen ja omatunto näyttäytyi ehkä Herkules-tuomarille sopivana, mutta kuolevaiselle ihmiselle pelottavana oppaana.

”rikosnormatiivisten tosiasioiden” määrittelyn sijaan tarkastelen vertailun kautta sitä, mitä lainoppia kirjoittava henkilöt ovat käytännössä tutkimuksissaan tehneet. Tavoitteeni on, ettei asiaa koskevan ymmärryksen osalta jäätäisi pelkästään yhtäältä/toisaalta -tyyppiseen pyörittelyyn, vaan lopulta kyettäisiin suorittamaan myös omaa tutkimustani koskevia *perusteltuja* (ja siis hyväksyttäviä) valintoja. Pyrin toisin sanoen siis myös arvottamaan, ja ennen kaikkea arvostelemaan, kohtaamiani rikoslainopillisen tutkimuksen tekemisen tapoja.

Eräänlaisena lämmittelyesimerkkinä voidaan käyttää Hyttisen jo alussa mainitsemaani artikkelia, jossa hän esittelee rikosoikeuden peruskurssilaisilleen suorittamaansa kyselytutkimusta, joka näyttäisi puoltavan hänen vaivihkaisen ujuttamisen opetusmenetelmiään. Tältä osin voidaan jo notorisena seikkana todeta, ettei kurssin opetusmenetelmien arvioinnista välttämättä anna kovinkaan luotettavaa kuvaa se, että ensimmäisen kerran elämässään rikosoikeuden kurssille osallistuvalla kysytään kurssin jälkeen, edistykö käytetty opetusmetodi (”rikosoikeusnormatiivista”) oppimista. Hälytyskellojen pitäisi alkaa soida viimeistään siinä vaiheessa, kun tulosten osalta päästään kaikesta Pohjois-Koreassakin ihailua herättäviin lukemiin; 86,67 % opiskelijoista oli *täysin samaa mieltä* ja loputkin *osittain samaa mieltä* siitä, että metodi oli edistänyt oppimista. Lisäksi 91,67 % oli *täysin samaa mieltä* – ja loput taas *osittain samaa mieltä* – siitä, että metodi oli edistänyt rikosoikeuden syvällistä ymmärtämistä.³⁰³

Jakson otsikko perustuu Alasdair MacIntyren teokseen *Whose Justice? Which Rationality?* (1988), jossa MacIntyre suorittamansa länsimaista ajattelua koskevan aatehistoriallisen tarkastelun perusteella toteaa käsitysten oikeudesta riippuvan käsityksistä rationaalisuudesta – ja päinvastoin –, ja näiden molempien kiinnittyvän edelleen vielä perustavanlaatuisempiin näkemyksiin ihmiselämästä ja sen paikasta luonnossa³⁰⁴. Ottaen huomioon (edes länsimaisia) filosofis-ideologisia aatesuuntauksia koskevan asiantuntemukseni vähäisyyden, ei minulla liene kummoisiakaan edellytyksiä lähteä arvioimaan MacIntyren väitteen perusteltavuutta. Väite on kuitenkin sinällään linjassa oman tutkimukseni kannalta perustavanlaatuisen ajatukseen oikeuden ”radikaalista tulkinnanvaraisuudesta”. Tämän jakson tarkoituksena on osoittaa väitteen pitävän paikkansa myös kotimaisen rikoslainopin osalta. Pyrkimykseni on toisin sanottuna osoittaa lukijalle kotimaisten rikoslainopillisten tutkimusten huomattava varianssi sen mukaan kuka milloinkin sattuu mistäkin aiheesta kirjoittamaan. Toisin kuin MacIntyre, en ulota tarkastelua sen kummemmin eri kirjoittajien maailmankuvaan liittyviin käsityksiin. Oman tutkimukseni kannalta minulle riittää se, että hyvinkin erilaiset oikeudelliset väitteet ja niiden taustalla vallitsevat rationaalisuuskäsitykset näyttäisivät tulleen enemmän tai vähemmän hyväksytyiksi kotimaisessa rikosoikeustieteellisessä yhteisössämme. Tässä mielessä jakso pyrkii siis konkreettisella tavalla osoittamaan, että kotimainen rikosoikeutemme todella on ”radikaalin tulkinnanvaraista”. Tämä tuskin on monelle lukijalle mikään valtava yllätys, eikä jakson merkitys toki tyhjenekään tämän osoittamiseen. Samalla se nimittäin merkitsee oman tutkimukseni kiinnittämistä siihen suomalaisen rikoslainopin traditioon, jonka merkitystä olen edellä korostanut.

³⁰³ Hyttinen 2019 s. 153–154.

³⁰⁴ ”It has become evident that conceptions of justice and of practical rationality generally and characteristically confront us as closely related aspects of some larger, more or less well-articulated, overall view of human life and of its place in nature.” (MacIntyre 1988 s. 389) MacIntyren ohella tärkeimpinä innoittajinani on tältä osin syytä mainita filosofian saralla Hilary Putnam (etenkin Putnam 2002), oikeusfilosofian saralla Juha-Pekka Rentto (etenkin Rentto 1988 ja 1992a) sekä rikosoikeuden saralla Nils Jareborg (etenkin Jareborg 1974–1975/2008) ja Michael Pawlik (etenkin Pawlik 2012).

Tämä kaikki luo perustan ja lähtökohdat sille, mitä tulen tutkimukseni kahdessa jälkimmäisessä osassa tekemään ja väittämään.

Käytännössä rikoslainopillisten rationaliteettien tarkastelu tapahtuu kahdessa osassa. Ensin huomio suunnataan kotimaisessa rikoslainopissa ylipäättään havaittavissa oleviin kehityspiirteisiin, jotka ymmärrettävästi liittyvät pitkälti laajempiin oikeuden tutkimusta koskeviin trendeihin. Tämän jälkeen tehdyt havainnot suhteutetaan nimenomaan rikosoikeudellista tuottamusta koskeviin tutkimuksiin. Tältä osin joudun tosin kotimaisen tutkimuksen vähäisyyden johdosta turvautumaan paljolti myös ulkomaiseen lähdeaineistoon. Tämän kaiken pohjalta on lopulta tarkoitus perustella sitä, miksi itse olen päätenyt tutkimaan aihetta siten, kuin tutkimukseni osissa II ja III lopulta teen.

2. RIKOSLAINOPILLISISTA RATIONAALISUUKSISTA

2.1 Johdanto

Mitä siis on rationaalisuus? Niitä kun näyttäisi olevan useanlaisia. Riippuu kaikesta siitä, keneltä kysyy. No, keneltä sitten pitäisi kysyä? En tiedä – kaikesta mahdollisimman monelta.

Nils Jareborg sisällyttää rationaalisuuden yhdeksi kriteeriksi ”persoonan”-käsitteen määritelmäänsä. Rationaalisuudelle hän antaa seuraavan sisällön: ”förmåga att väga skäl för och emot ett påstående eller en handling och behärskning av ett språk”. Tämän ohella hän hyödyntää myös ”rajoitetun rationaalisuuden” (begränsad rationalitet) määritelmää: ”förmåga att välja medel till mål”.³⁰⁵

Jareborgin määritelmä tuo mieleen aristoteelisen ajatuksen *käytännöllisestä, käytännöllisestä, tiedosta* – ”toisesta filosofiasta”, joka tiivistyy etiikkaan ja politiikkaan ja tähtää lopulta teorian sijaan toimintaan, loppujen lopuksi *hyvään* – olipa kyseessä sitten hyvä valtio, hyvin järjestetty perhe tai hyvä elämä. Aristoteleen mukaan käytännölliselle tiedolle on ominaista ehdottoman yleispätevyyden puuttuminen, *epävarmuus*, ja siis kontekstisidonnaisuus.³⁰⁶ *Nikomakhoksen etiikan* mukaan:

”Sivistynyt ihminen pyrkii kunkintyyppisten asioiden kohdalla sellaiseen tarkkuuteen, jonka niiden luonto sallii. On yhtä tyhmää hyväksyä matemaatikoilta retorisia argumentteja kuin vaatia puhujalta tieteellisiä todistuksia.”³⁰⁷

Juridinen järki jättää lainopin saloihin vihkiytymättömän tarkastelijan helposti hämmennyksen valtaan. Ratkaisussa KKO 1997:87 korkeimman oikeuden enemmistö kumosi perinnönjaon, jossa jaettavana olleista kymmenestä perheyhtiön osakkeesta oli jaettu kahdelle perilliselle kummallekin viisi. Syynä oli se, että tilanteessa, jossa perillisistä toinen omisti jo yhteensä 25 osakkeesta kahdeksan ja toinen seitsemän, ensimmäinen saavutti perinnönjaossa saamillaan viidellä osakkeella yhtiössä enemmistöosakkaan aseman ja saatu perintö muodostui tätä kautta hänelle arvoltaan suuremmaksi kuin jälkimmäisen perillisen osalta. Korkeimman oikeuden enemmistön ajatuskulun mukaan perinnönjaossa lähtökohtaisesti noudatettava ”esineellinen tasajako” olisi kyseisessä tilanteessa siis poikennut ”oikeudenmukaisesta tasajaosta”. Ratkaisussa KKO 2006:64 korkeimman oikeuden enemmistö puolestaan totesi selvitetyn vastaajien ”tienneen tai pitäneen varsin todennäköisenä” pitävänsä hallussaan suuren määrän erittäin vaarallista huumausainetta todettuaan kahdessa edeltävässä lauseessa vastaajien ”tietämättömyyttä” asiasta voitavan pitää jopa tarkoituksellisenä.

³⁰⁵ Jareborg 2016 s. 89–90.

³⁰⁶ Aristoteleen tietoa ja tieteitä koskevasta kolmijaosta *teoreettisiin, käytännöllisiin ja tuotannollisiin* ks. Tolonen 1984 s. 16–24. Tolonen toteaa aristotelisen ja nimenomaan käytännöllisen tietoon liittyvän tradition saaneen osakseen paljon mielenkiintoa maailmansotien jälkeen. Kotimaisista ajattelijoista Tolonen nostaa esiin ennen kaikkea G. H. von Wrightin ja Aulis Aarnion. Aristotelesta kohtaan tunnetun mielenkiinnon Tolonen liittyy ajatukseen selittää ja ymmärtää ihmistoimintaa matemaattis-luonnontieteellisiä malleja pragmaattisemmin. Tältä osin on populaaristi puhuttu yhtäältä *galileisen* ja toisaalta *aristotelisen* maailmankuvan erottamisesta. Tolonen kuitenkin huomauttaa, ettei teoreettisen ja käytännöllisen ero Aristoteleen ajattelussa ole mitenkään kovin selvä, vaan jää jossain määrin avoimeksi. Esim. aristoteelisen tradition varaan paljolti rakentava Tuomas Akvinolainen näyttää suorittavan rajanvedon selkeämmin. (s. 15–65) Ks. myös Minkkinen 1998, joka oikeustieteeseen ”perinteisen” kiinnostuksen kohteena, eli käytännöllisen, sijaan rakentaa nimenomaisesti metafysisistä, ”ensimmäisen filosofian” oikeusfilosofiaa (nimenomaisesti s. 65–66, 125–126 ja 243).

³⁰⁷ Aristoteles, *Nikomakhoksen etiikka*, I,3 1094b 18–26, s. 8.

Laskentaoppia tunteva henkilö saattaa ensimmäisen tapauksen kohdalla ihmetellä, miten kymmenen jakaminen kahteen osaan voi tuottaa mitään muuta kuin viisi kummallekin. Jälkimmäisen tapauksen osalta loogikko saattaa puolestaan ihmetellä, miten p:stä saadaan jo seuraavassa lauseessa –p. Juristi kohdistaa sen sijaan huomionsa aivan toisaalle: ensimmäisen tapauksen osalta mielenkiintoista on se, mihin asti omaisuuden arvoon vaikuttavien tekijöiden piiri rajataan. Selvää lienee se, ettei yhtäältä osakesäästämisessä valvutuneempaa perillistä ole taitojensa vuoksi syytä jättää muita vähemmälle, muttei toisaalta myöskään toimivaa yritystä ole välttämättä syytä tuhota se muutoseikkojen vuoksi pilkkomalla. Jälkimmäisen tapauksen kohdalla huomio kiinnittyy puolestaan tietämättömänä pysyttelemisen tarkoituksellisuuteen sekä *tietämisen, uskomisen ja luulemisen* välisiin eroavuuksiin.

Matti Ilmari Niemi tarkastelee vuonna 1998 julkaistussa artikkelitriologiassaan juridiikalle ominaisen *käytännöllisen, tai ”terveen järjen”, logiikan* erilaisia (ja etenkin varallisuus oikeudellisia) ilmenemismuotoja. Niemelle juridinen logiikka merkitsee omintakeista ”tapaa tehdä johtopäätöksiä ja käyttää perusteita”, joka siis eroaa vaikkapa tavanomaisen lauselogiikan tai deonttisen logiikan tavasta. Juridiseen logiikkaan kuuluu edellisistä poiketen olennaisina elementteinä praktinen eetos, intuitiivinen ymmärrys sekä esteettinen elämys, tunteetkin. Kyse ei ole vain tavasta, vaan myös *taidosta* – taidosta tehdä valintoja.³⁰⁸ Taitoluistelu-metaforaa seuraillen Niemi toteaa oikeudellisen tulkinnan ja argumentaation sinällään pikemmin pakollisten kuin vapaiden kuvioden toteuttamiseksi, jonka kuitenkin voi suorittaa niin taitavasti kuin taidottomastikin³⁰⁹.

Samaan tapaan myös Minna Gräns ja Ronald Dworkin aloittavat oikeudellista päättelyä koskevat esityksensä siitä ihmetyksestä, jota tuomioistuinten aidosti vaikeisiin tapauksiin antamat ratkaisut saattavat herättää. Gräns ja Dworkin peilaavat tuomioistuinratkaisuja arkijärjen tai lauselogiikan sijaan *oikeustieteeseen*. Myös oikeustieteen silmissä tuomioistuinratkaisut saattavat nimittäin näyttäytyä kummallisina, suorastaan käsittämättöminä, jopa suoranaisen virheellisinä irratiolaisuuksina. Tätä ihmetyä niin Gräns kuin Dworkinkin lähtevät selittämään – Gräns empiiristen kognitiopsykologisten päätöksentekoteorioiden, Dworkin normatiivis-hermeneuttisten ja *integriteettiin* pohjautuvan oikeusteorian varassa.³¹⁰ Dworkin tulee lähtökohdissaan lähelle Jareborgin ajatusta ratiolaisuuden ja persoonallisuuden välisestä läheisestä suhteesta: ”If we understand the nature of our legal argument better, we know better what kind of people we are.”³¹¹

Edellä esitelty ajattelijakavalkadi toimii esimerkkinä henkilöistä, joilta ratiolaisuuden perään voisi lähteä kyselemään. Samalla se toimii esimerkkinä pintapuolisesta *selvitystyyppisestä* listauksesta, jonka puitteissa niin Aristoteleen, Jareborgin, Niemen, Gränsin kuin Dworkinkinkin ajatukset näyttäytyvät samansuuntaisina, ja koko juridiikka yhtenä omintakeisena *common sense*nä. Se on

³⁰⁸ Niemi 1998a s. 349–350 ja 354, Niemi 1998b s. 524–526 sekä Niemi 1998c s. 757. Ks. myös Niemi 2017, jossa lainopillinen tieto nähään edelleen *iuris prudentiana* ja tavallaan käytännöllisenä etiikkana, jossa olennaisen osan muodostaa esitettyjen sääntöjen ja niiden tulkintojen arvopohjan tiedostaminen ja ymmärtäminen. Valinnat erilaisten tulkintavaihtoehtojen välillä kun välttämättä sisältävät yhteyden tai kannanoton myös arvoihin. Näin myös lainopillisen tiedon objektiivisuus jää joko/tai - tyyppisen kahtiajaon sijaan asteittaiseksi kysymykseksi argumentaation eli päättelyketjun laadusta. (s. 961, 965 ja 968)

³⁰⁹ Niemi 1998c s. 759.

³¹⁰ Gräns 2013 s. 12–18 ja Dworkin 1986 s. 15–30. Samantapaisesta ihmetyksestä aloittaa myös vaikkapa Hyttinen 2015 s. 2–4 perustellessaan perus- ja ihmisoikeussensitiivisen syyllisyyskysymyksen ratkaisemista tarkastelevan tutkimuksensa oikeuskäytännöllistä tarvetta, ja jolle tältä osin riittää itse tuomioistuinratkaisujen sijaan pelkästään niiden *kysymyksenasetteluihin* sisältyvien vaikeuksien esittely.

³¹¹ Dworkin 1986 s. 11.

lyhyt selonteko, joka selon ohella tekee väkivaltaa edellä mainituille ajatteliijoille yrittäessään pusertaa heidän ajatuksiaan muutamaa hassuun lauseeseen. Yrityksessäni ymmärtää rikoslainopin erilaisia rationaalisuuksia en tietystikään voi tyytyä tällaiseen. Sen sijaan joudun suorittamaan huomattavasti seikkaperäisempiä, avoimempia ja diskursiivisempia tarkasteluja huomattavasti tarkemmin kohdistettuun ajattelijoiden joukkoon.

Hieman Alan Bennettin kuningattaren tapaan myös Mirjami Paso tekee eron *selvitys-* ja *tutkimustyyppisen oikeustieteellisen* tekstin välille. Ensimmäinen suorittaa sinällään ehkä perusteellistakin kuvailua ja referointia tietynlaista auktoritatiivista mallia seuraillen. Jälkimmäinen puolestaan etsii tietoa avoimesti ja erinäisistä auktoriteeteista aidon riippumattomana – joskin tieteellisten metodisääntöjen alaisena.³¹² Lopulta ero *selvityksen* ja *tutkimuksen* välillä jää Pason esityksessä varsin epäselväksi ja jäsentymättömäksi. Aivan kuten se jää myös Bennettin kuningattaren jyrkän paatoksellisessa *briefing/reading* -erottelussa. Ja aivan kuten se jää myös omassa esityksessäni. Uskoakseni kyse onkin asiasta, jota ei ole mahdollista pukea jäsentyneeksi erotteluksi, tai edes sanoiksi. Sen sijaan kyse on asiasta, joka on vain tajuttava, ”nähtävä”. Aivan kuten Bennettin kuningatar tajuaa eron kenkätehtaalla vierailun ja kirjoihin uppoutumisen välillä. Ja tämä taju perustuu alituisen ja intohimoiseen *lukemiseen*.

Lähden seuraavaksi erittelemään kotimaisessa rikoslainopissa viimeisten 30 vuoden aikana esitettyjä näkemyksiä ja ennen kaikkea niiden taustalla olevia rationaalisuuksia. Tämä merkitsee tavallaan Eero Backmanin työn jatkamista. Teoksessaan *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä* (1992) Backman tarkastelee kotimaisen rikosoikeustieteen historiaa karkeasti vuoden 1889 rikoslain säätämisen sekä sen lopulta 1990-luvulle tultaessa toteutuneen kokonaisuudistushankkeen välillä. Asiasisällöllisesti olen kiinnostunut samasta kuin Backman: *rikosoikeuden tutkimisen tutkimisesta*. Teoksessaan Backman toteaa, ettei tällaista oltu vielä 1990-luvun alussa Suomessa toteutettu, vaikka etenkin nuoremman polven tutkijat olivat jo osoittaneet aiempaa selvästi suurempaa kiinnostusta myös tämänkaltaiseen metatutkimukseen. Siviilioikeuden puolella Backman huomauttaa Markku Helinin väitöskirjan jo merkinneen vastaavaa avausta.³¹³

Oma tutkimukseni seuraa (tai ainakin yrittää seurata) toteutustapansa puolesta ennemminkin nimenomaan Helinin tutkimusta. Helin korostaa tutkimuksessaan *konkreettisuutta ja tarkkuutta* pyrkien saattamaan näkyville lainopillisen tutkimustyön ”arkipäivän”. Tämä tapahtuu keskittymällä nimenomaan konkreettisesta tutkimustyöstä poimittujen esimerkkien käsittelyyn. Tavanomaisesti oikeusteorian piirissä kehitelty lainopin teorit pyrkivät Helinin mukaan päinvastoin laajahkoon

³¹² Paso 2010 s. 301–302.

³¹³ Backman 1992 s. 1–3. Backmanin itsensäkin provokatiiviseksi luonnehtiman väitteen mukaisesti suomalaisen oikeustieteen itseymmärrys (joskaan ei sinänsä välttämättä itse tieteen taso) oli jäänyt vahvasti jälkeen kansainvälisestä keskustelusta siten, että niin rikosoikeudellista kuin kriminaalitieteellistäkin tutkimusta oli vuosikymmeniä vaivannut lähtökohta-asettamusten teoreettisen analyysin ja keskusteluperinteen puuttuminen (s. 149–150). Backman kertoo kirjoittaneensa teoksensa pitkälti samanaikaisesti Helinin väitöskirjan kanssa, kuitenkin tästä riippumatta – vaikkakin työn loppuvaiheessa hän toki on Helinin teosta hyväkseen käyttänyt (s. 7–8, ks. myös s. 233–235). Sinällään rikosoikeuden ”lähihistoria” oli esillä jo Backmanin väitöskirjassa, jolle vuoden 1992 teos merkitsee tavallaan jatkoa (ks. s. 378–379). Todettakoon, että varsinainen kotimaisen rikoslainopillisen tutkimuksen historia sijoittuu teoksen sivuille 237–441. Tältä osin on syytä nostaa esille vielä Eriksson 1979 erit. 34–35 ja 38, jossa Eriksson valittelee oikeudellisen argumentaation ja sen taustalla vaikuttavien rationaalisuuskäsitysten muutosten jääneen vain vähälle tutkimiselle – ja pitkälti myös ylipäänsä huomaamatta! Erikssonin mukaan muutoksen hienomekaniikka tarjoaisikin asiasta kiinnostuneelle pitkälti tutkimattoman alueen. Aiemmasta kotimaisen rikosoikeustieteen tutkimuksen pääpiirteistä ja aatehistoriallisesta kuvailusta ks. esim. Klami 1981 s. 55–65 sekä myös Lahden tekstit Lahti 1976, Lahti 1990 ja vielä Lahti 1991.

yleispätevyyteen, mistä hintana on joko korkea abstraktiotaso tai kohteen voimakas rationaalistaminen. Lainopissa tapahtuneiden muutosten syiden osalta Helin rajoittaa tarkastelunsa nimenomaisesti tieteensisäiseksi pyrkimättä siis kytkemään tunnistamiaan muutosilmiöitä sen kummemmin vaikkapa yhteiskunnallisiin yhteyksiinsä, mikä sen sijaan olisi olennaista pyrittäessä luomaan vaikkapa teoriaa lainopin asemasta koko kulttuurin ja talouden kentässä. Tällaiseen Helin ei kuitenkaan siis pyri.³¹⁴ Sen sijaan esimerkiksi Backman pohtii otsikkonsa mukaisesti jatkuvasti oikeustieteen asemaa muiden yhteiskuntatieteiden joukossa. Backmanin tutkimuksen kohteena oleva ajanjakso on myös huomattavasti Helinin tarkastelemaa ajanjaksoa (1920–1960) pidempi ja Backman joutuukin ohittamaan vuosikymmeniä vain muutamien kirjoittajien esittelyn kautta liikkuen samalla mitä erilaisimpien oikeudenalojen välillä. Toisaalta varsinainen rikosoikeustutkimuksen tarkastelu suoritetaan pienimuotoisten biografioiden ketjuna.³¹⁵

Helin puhuu *parhain päin lukemisesta* – lähtökohdasta, jonka mukaisesti luettavien tekstien taustalle ajatellaan pyrkimys lausua jotain *uutta ja tärkeää, ei tyhjää ja typerää*. Näin asennoituen Helin pyrkii lukemaan sinällään ilmaisutavaltaan ”epäilemättä hämäriksi ja huonosti valituksi” luonnehtimiensa skandinaavisten oikeusrealistien tuotoksia. Olennaista on aito pyrkimys ymmärtää itse tekstejä – ei vaikkapa muiden niistä esittämiä näkemyksiä. Tällainen saattaa edellyttää toisinaan huomattavaakin taustatyötä.³¹⁶ Vähintäänkin se edellyttää sellaista ymmärtämisen halua ja eettistä vastuunkantoa, josta Lindroos-Hovininheimo jo edellä puhui.

Käytännössä Helin esittelee lukijalleen valtavan määrän ensin skandinaavista ja sen jälkeen suomalaista oikeustieteellistä (osin myös ehkä pikemminkin filosofiseksi luonnehdittavaa) keskustelua. Tämä tapahtuu melko yksityiskohtaisella, ja sitä kautta konkreettisella, tasolla siten, että tarkastelun kohteeksi otetuilta kirjoittajilta on lähtökohtaisesti luettu useampia tekstejä. Useissa kohdin Helin turvautuu suoriin lainauksiin, muttei epäroi myöskään tunnustaa lähteidensä osalta epävarmuutta, mistä malliesimerkkeinä ovat Axel Hägerströmin paikoin hyvin hämärit ja vaikeaselkoiset tekstit, joiden kohdalla Helin joutuu toistamiseen käyttämään ”mikäli olen ymmärtänyt oikein” -tyyppisiä ilmauksia. Helin ei myöskään kaihdakaan omien arvioiden

³¹⁴ Helin 1988 s. 2 ja 264–265. Helin toteaa tämän kaltaiset tutkimukset harvinaisiksi, eikä olekaan tavannut ainoatakaan suoranaiseksi esikuvakseen kelpaavaa tutkimusta. Ymmärtääkseni Helin puhuu pitkälti samasta asiasta kuin Eriksson 1979 s. 25–26, joka varoittelee oikeudellisen argumentoinnin tarkastelusta yksinomaan abstraktista ja totalisoivasta perspektiivistä. Argumentaatiossa ja sitä koskeissa rationaalisuuskäsityksissä alati tapahtuvan kehityksen ymmärtäminen, saati hallitseminen, ei Erikssonin mukaan ole mahdollista ilman asiaa koskevaa historiallista ja dynaamista perspektiiviä. Katse on kyettävä irrottamaan ”vallitsevasta kielipelistä” sen mitä erilaisimpiin vaihtoehtoihin.

³¹⁵ Backmanin tutkimus onkin monessa mielessä hyvin laaja ja myös käsitteilyvaltaan epäyhtenäinen. Se kattaa niin klassisen oikeuspositivismin vähintäänkin 1700-luvulle ulottuvien juurien käsitteilyn (s. 32–50), kollektiivisen työoikeuden normien luonteen pohdinnan (s. 128–135) kuin (länsi)saksalaisen 1900-luvun rikosoikeustutkimuksenkin yleisluontoisen esittelyn (s. 149–177). Esim. Axel Hägerströmin, Vilhelm Lundstedtin, Karl Olivecronan ja Alf Rossin sekä myös vaikkapa Brynolf Honkasalon, Reino Ellilän ja Inkeri Anttilan ajatuksia käsitellään verraten yksityiskohtaisesti (s. 181–210 ja 213–231 sekä 271–281, 301–311 ja 313–323), kun taas monien muiden osalta tyydytään hyvin lyhyisiin referointeihin. Backman toteaa nimenomaisesti yhteiskuntatieteellisen ja rikoslainopillisen tutkimustavan välisen jännitteen olennaiseksi tekemäksi kotimaista rikosoikeudellista tutkimusta koskevalle katsaukselleen (s. 242, ks. myös s. 381 ja 435). Juuri tämä perustelee tutkimuksen laajuutta ja monialaisuutta (s. 435). Pienimuotoisten tieteellisten biografioiden ketjusta ks. s. 243. Omaan autobiografiaan päästessään Backman luonnehtii itseään paitsi marxilaiseksi oikeusteoreetikoksi ja oikeushistorioitsijaksi myös kriittiseksi oikeustutkijaksi, jonka omaehtoisen ja kiivastahneen tutkijankoulu sijoittuu Helsingin yliopiston valtiotieteelliseen tiedekuntaan sekä valtionarkiston lukusaliin (s. 372 ja 378). Backmanin ja Helinin väitöskirjojen lisäksi myös esim. Samuli Hurrin teos *Birth of the European Individual* (2014) tulee metodiltaan itseäni lähelle. Hurri lähilukee EY-tuomioistuimen ratkaisuja yksilön perspektiivistä Michel Foucault’n semiotiikkaa ja valta-analyysiä hyödyntäen tarkoituksenaan paljastaa juridisen argumentaation taustalta paitsi *erilaisia* myös keskenään *ristiriitaisia* (antagonistisia) rationaalisuuksia – jotain mitä juridiset tekstit eivät ilman tarkkaa lähilukua millään haluaisi paljastaa! (erit. s. 15, 18–19 ja 237) Jo Foucault katsoi diskursiivisten käytäntöjen toimivan sitä paremmin, mitä visummin sen historialliset ja priorit ja episteemit pysyvät yksilöiden tietoisuuden ulkopuolella siten, että ihmisyksilön rooliksi jää toteuttaa suunnitelmaa –, josta hän ei siis itse lopulta kovinkaan paljoa ymmärrä (Hurri 2010 s. 200–201).

³¹⁶ Helin 1988 s. 51 ja 91.

(niin positiivisten kuin negatiivistenkaan) tekemistä, mikä näkyy monissa kohdin käytetyn yksikön ensimmäisen persoonan johdosta selvästi. Ymmärtämisen halu ja eettinen suhtautuminen toiseen eivät tarkoita, etteikö kritiikki³¹⁷ olisi mahdollista. Päinvastoin, ja kuten jo aiemmin esitin, tämä kaikki on kritiikin ehdoton edellytys!

2.2 Suomalaisen rikoslainopin rationaalisuuksia

Pekka Koskinen totesi ”neljäkymmentä vuotta rikosoikeutta Porthaniasta katseltuaan” 28.2.2007 pitämässään jäähyväisluennossa kotimaisen rikosoikeustutkimuksen suurimpiin muutoksiin viimeisten parinkymmenen vuoden aikana kuuluneen rikosoikeuden niin sanottujen yleisten oppien peruskysymysten osakseen saaman aiempaa olennaisesti suuremman huomion. Samaan hengenvetoon Koskinen katsoi kuitenkin aiheelliseksi kysyä, olisiko joiltain osin menty asian suhteen jo liiankin pitkälle. Tapio Lappi-Seppälän nimiin laittamansa ajatuksen mukaisesti Koskinen toteaa lainoppineen käsittäneen tehtävänsä jollain tapaa väärin tilanteessa, jossa tämä omistaa koko elämänsä sen kaltaisen kysymyksen selvittämiseen kuin; kuuluuko tahallisuus tunnusmerkistön mukaisuuteen vai syällisyyteen.³¹⁸

Yleisiin oppeihin kohdistetun huomion kasvusta juuri 1980- ja 1990-lukujen taitteessa on puhunut myös kotimaista rikoslainoppia niin ikään pidemmän aikaa seurannut Raimo Lahti. Lahti yhdistää kyseiseen ajanjaksoon yleisten oppien ohella myös toisen kehityspiirteen; niin sanotun oikeusperiaatekeskustelun, jossa Lahti katsoo rikos- ja rikosprosessioikeuden tutkijoilla olleen keskeinen merkitys ajatellen asiaa koskevaa oikeustieteellistä keskustelua Suomessa yleensäkin.³¹⁹ Lahti kytkee edelleen tähän myös kolmannen niin ikään kotimaiselle rikoslainopille perustavanlaatuisen tärkeän 1990-luvulle ajoittuvan kehityssuuntauksen eli perus- ja ihmisoikeusajattelun esiinmarssin, jonka tieteenteoreettisen perustan Lahti liittää juuri oikeusperiaatteille keskeisen roolin antaviin yleisiin oppeihin³²⁰. Edelleen Lahti pitää aiheellisena liittää perus- ja ihmisoikeusajatteluun myös niin sanottu ”kriminaalipoliittinen suuntaus”, jonka juuret hän tosin löytää jo 1970-luvun kotimaisesta rikosoikeustieteestä – tai ”kriminaalitieteistä” –, mutta jonka Lahti katsoo siis täydentyneen perus- ja ihmisoikeusajattelulla³²¹.

Kolmantena todistuksena kotimaisen rikosoikeuden kehityskaaresta voidaan nostaa esiin vielä Elina Pirjatanniemen 22.8.2019 pohjoismaisessa rikos- ja rikosprosessioikeuden sekä kriminologian tutkijoiden seminaarissa pitämä keynote-esitys omaakin tutkimustani lähelle tulevalla otsikolla *Whose Rationality? Whose Humanism?*, jossa myös Pirjatanniemi lähti liikkeelle 1970-luvulla niin

³¹⁷ Esim. Backmanin tutkimus on paikoin jopa yltiökriittinen kritiikin kärjistyessä sitä mukaa, mitä lähemmäs kirjoitushetkeä tullaan (erit. s. 380–433, jossa Backman arvioi kuusikohtaisen kriteeristön puitteissa kotimaisen rikosoikeustutkimuksen nykytilaa); Utraisen teos on ”selvästi amatöörimäistä oikeushistorian kirjoitusta” (s. 384), Lehtimajan luonnehdinnat oikeustieteen tieteellisyydestä jäävät melko suppeasta lukeneisuudesta johtuen sporadisiksi otoksiksi (s. 388), Joutsen on tutkijana (ainakin siis moneen muuhun verrattuna) pinnallinen ja esimerkiksi hänen väitöskirjansa varsinainen tutkimusosa jää referaatin tasolle (s. 406 ja 408), Lehtosen tutkimusasetelma on ateoreettinen ja suorastaan tieteen ulkopuolinen (s. 415), Viljasen väitöskirjan argumentaatio on lähinnä ”arkiajattelua”, minkä erottaa tuomioistuimissa harjoitetusta lähinnä vallitsevaa oikeuskäytäntöä vanhanaikaisemmat käsitykset (s. 425), ja Viljasen tuotanto laajemminkin esimerkki puutteelliseen teoreettiseen, yleiseen oikeudelliseen ja yhteiskunnalliseen lukeneisuuteen perustuvasta lakitekno-kriatista (s. 433). Niin ja Salmiala on kaiken muun ohella antisemitisti (s. 334–337).

³¹⁸ Koskinen 2007 s. 401.

³¹⁹ Lahti 2017 s. 537, Lahti 2013a s. 62–63 sekä Lahti 1990 s. 205–209.

³²⁰ Lahti 2017 s. 538.

³²¹ Lahti 2017 s. 540 ja Lahti 2013a s. 64. Lisäksi Lahti 1995 s. 935 huomauttaa rikoslain vuonna 1972 alkaneen mittavan kokonaisuudistusprojektin heijastuneen merkittävällä tavalla kotimaisten rikosoikeus- ja kriminaalitieteiden piirissä toimineiden tutkijoiden suuntautumiseen korostaa tutkimuksen osalta nimenomaan kriminaalipoliittista painotusta. Lisäksi moni tutkija osallistui kokonaisuudistuksen osalta lainvalmisteluun.

lainsäädäntötyössä kuin doktriinissakin toistuvista viittauksista ”rationaaliseksi ja humaniksi” luonnehdittuun ”*pohjoismaiseen kriminaalipolitiikkaan*”. Kyseisen kriminaalipolitiikan puitteissa keskeiseen rooliin nousivat ennen kaikkea yleispreventio, oikeushyväajattelu, ultima ratio -periaate sekä hyötyjen ja haittojen punninta. Seuraavana olennaisena tapahtumana Pirjatanniemi nosti esiin valtiosääntöoikeuden läpimurron rikosoikeuteen 1990-luvulla, mitä seurasi Pirjatanniemen mukaan rikosoikeuden taholta lainopilliselle tutkimukselle varsin epätypillinen ”ehdoton antautuminen”. Kyse oli nimenomaan perus- ja ihmisoikeusajattelun vakiintumisesta osaksi rikosoikeudellista keskustelua. Rikosoikeuden piirissä perus- ja ihmisoikeudet saivat osakseen eräänlaisen kaksoisroolin: samanaikaisesti ne sekä edellyttivät kriminalisoimaan että rajoittivat sitä. Lopulta 2000-luvulla kävi selväksi, ettei valtiosääntöoikeus kuitenkaan korvannut rikosoikeuden omaa teoriaperustaa. Tätä konkretisoi Pirjatanniemen mukaan etenkin Sakari Melanderin kriminalisointiteoria, joka ei tyhjene perus- ja ihmisoikeuksiin, vaan on nimenomaan *rikosoikeudellinen*.

Niin Koskisen, Lahden kuin Pirjatanniemenkin silminnäkijätodistukset kertovat modernista kotimaisesta rikosoikeudesta varsin samanlaista tarinaa: kaiken perusta on 1970-luvulla virinneessä kriminaalipoliittisessa keskustelussa, jonka puitteissa aloitettiin Suomen rikoslain kokonaisuudistushanke. Organisatorisesti ensin rikosoikeuskomitean ja sittemmin rikoslakiprojektin puitteissa toteutettu hanke kulminoitui vuosien 1989, 1994 ja 2004 lakipaketteihin sekä lukuisiin muihin pienempiin uudistuksiin. Lainopillisesti huomiota kiinnitettiin ennen kaikkea lainopillisen systematisoinnin kannalta mielenkiintoisiin rikosoikeuden yleisiin oppeihin, joiden osalta rikoslakia uudistettiin lopulta moniin muihin Suomea lähellä oleviin verrokkimaihin nähden varsin kunnianhimoisesti. Yleisten oppien ohella teoreettispainotteinen lainopillinen keskustelu kiertyi pitkälti oikeusperiaatteiden varaan, minkä lisäksi 1990-luvulla toteutettu perusoikeusuudistus sekä niin määrältään kuin painoarvoltaanakin kasvaneet ihmisoikeus- ja muutkin kansainväliset velvoitteet edellyttivät uudenlaista näkökulmaa rikosoikeuteen. 2000-luku on merkinnyt rikosoikeuden kannalta eräänlaista sopeutumista edellä mainittuihin kehityskulkuihin; on keskusteltu yleisten oppien ongelmakohdista, pyritty muodostamaan toimiva suhde aiemmin ”vieraisiin” oikeudenaloihin (valtiosääntöoikeus, kansainvälinen oikeus, Eurooppa-oikeus) ja kehittämään jo olemassa ollutta varsin kiinteää suhdetta rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan välillä.

Suomalaisen rikosoikeuden osalta ei liene ainakaan kovin pielessä todeta viimeisten 30 vuoden keskeisiksi trendeiksi;

- a) kriminaalipolitiikka,
- b) yleiset opit,
- c) oikeusperiaatteet
- d) perus- ja ihmisoikeudet, sekä
- e) kansainvälisyys ja eurooppalaisuus.

Kyse on yksittäisiä rikosoikeudellisia säännöksiä, lainkäyttöratkaisuja ja lainopin tulkintakannanottoja yleisemmän rikosoikeuskulttuurin tasolla näkyvistä ilmiöistä, joita yhdistää tavallaan se, että ne kaikki rikastavat tavalla tai toisella sitä materiaalia, jonka varassa voimassa olevaa oikeutta määritellään. Lainkäytön ja lainopin näkökulmasta ne kaikki tarjoavat tukea tilanteessa, jossa rikosvastuun ala – voimassa olevan oikeuden sisältö – ei näyttäisi ratkeavan pelkkiä rikostunnusmerkistöjä

lukemalla. Tällaisessa ”kiperässä tilanteessa” voimassa olevan oikeuden sisällön selvittäjä voi esimerkiksi lähteä etsimään epäselvälle säännökselle kriminaalipoliittisesti järkevää tulkintaa teleologisen tulkintaopin kautta. Toinen vaihtoehto on tavoitella koherenttia soveltamisratkaisua vaikkapa rikoksen yleisen rakenneopin tai relevanteiksi katsottujen rikosoikeudellisten periaatteiden kannalta. Valintaa eri tulkintavaihtoehtojen välillä on mahdollista perustella myös tarkastelemalla, mikä vaihtoehtoista toteuttaisi parhaiten perus- ja ihmisoikeuksia. Tavallaan kaikki edellä mainituista trendeistä ovat omanlaisiaan vastauksia ongelmaan, joka palautuu yhden ainoan oikean ratkaisun olemassaoloon liittyvän uskon menettämiseen. Tilanteessa, jossa voimassa oleva oikeus ei selviä pelkän rikoslain perusteella, on puhtaan mielivallan välttämiseksi kyettävä löytämään muita ratkaisuperusteita. Kyse on ilmiöstä, josta tavataan puhua oikeuden *monitasoisuutena*, ja jonka osalta Tuorin ”kriittinen oikeuspositivismi” lienee kotimaassa selvästi vaikutusvaltaisin teoria.

Tuorin keskeisenä ajatuksena on hajottaa oikeus symbolis-normatiivisessa mielessä erilaisiin tasoihin, jotka poikkeavat toisistaan niin temporaalisuutensa, subjektirakenteensa kuin tietoisuusmuotonsakin osalta. Tuori erottaa: a) *oikeuden pintatason*, jonka tärkeimpiä ainesosia ovat säädökset, tuomioistuinratkaisut sekä oikeustieteen kannanotot, b) *oikeuskulttuurin tason*, joka koostuu eri oikeudenalojen niin sanotuista yleisistä opeista sekä oikeuslähdeopin ja tulkintastandardien kaltaisista menetelmällisistä metanormeista, sekä c) *oikeuden syvärakenteen*, jonka perusteella voidaan puhua tietyntyyppistä rationaalisuustyyppiä noudattavasta oikeustyyppistä. Symbolis-normatiivisen tasottelun ohella Tuorin teoriaan kuuluvat oikeudelliset käytännöt, joiden kautta eri tasot ovat vuorovaikutussuhteessa keskenään. Tuori erittelee yhteensä kuusi erilaista suhdetta, joiden kautta monitasoinen oikeuden järjestelmä muodostaa erilaisia muutosrytmejä yhdistelevän dynaamisen kokonaisuuden. Esimerkiksi oikeuden pintatasolla tapahtuvat suhteellisen nopeatempoiset muutokset ”sedimentoituvat” vähitellen oikeuskulttuurin tason kautta aina oikeuden syvärakenteeseen siten, että koko oikeusjärjestelmä on tässä mielessä lopulta positiivinen (*sedimentaattiosuhde*). Muutosrytmiltään hitaammat oikeuden syvärakenne ja edelleen oikeuskulttuurin tasot puolestaan tarjoavat ne välttämättömät käsitteelliset, normatiiviset ja metodiset välineet, joiden varassa ylemmät oikeuden tasot toimivat (*konstituutiosuhde*) välittäen samalla ylemmille tasoille myös esimerkiksi moraaliin ja politiikkaan liittyvää oikeuden ulkopuolista ainesta (*konkretisaattiosuhde*). Tätä kautta alemmat tasot paitsi justifyoivat myös rajoittavat ylempien tasojen muutoksia (*justifikaatio- ja rajoitussuhde*). Lopulta tämä mahdollistaa Tuorin mukaan kritiikin, joka siis oikeuden eri tasoista huolimatta jää oikeuden sisäiseksi (*kritiikkiosuhde*). Juuri tässä on kriittisen oikeuspositivismin ydin. Monitasoisena ja tasojen erilaisten vuorovaikutussuhteiden varaan rakentuvana järjestelmänä ymmärretty oikeus on Tuorin mukaan sekä positiivinen että immanenttiin kritiikkiin kykenevä.³²²

Tuorin teoria tavoittaa jotain hyvin olennaista siitä problematiikasta, joka vaivaa modernia oikeutta. Moderni oikeus on tulkinnanvaraista, eikä tyhjene pelkkiin säädöksiin, oikeuskäytäntöön ja lainopillisiin tulkinta- tai edes systematisointikannanottoihin. Kyse on Tuorin termin ainoastaan ”myrskyisästä pintatasosta”, jonka taustalla vaikuttaa niin oikeudellinen asiantuntijakulttuuri kuin

³²² Ks. Tuori 2000 sekä tarvittaessa tiivistetympanä, ja varsin hyvänä (ja paikoin myös Tuorin teoriaa arvioivana), referaattina Hannu Tolonen 2000.

perustavanlaatuinen syvärakennekin. Tuori toteaa itsekin, ettei tasojen tai niiden välisten vuorovaikutussuhteiden määrä ole teorian kannalta valtavan olennainen, vaan sopimuksenvarainen ja osittain myös kulloisestakin tutkimuskysymyksestä riippuvainen seikka³²³. Olennaista on sen sijaan hahmottaa, ettei ”kypsä moderni oikeus” pelkisty yksinkertaiseksi – ”pinnalliseksi” – ilmiöksi, vaan on monikerroksinen erilaisia muutosrytmejä yhdistelevä dynaaminen kokonaisuus³²⁴.

Edellä erittelemäni modernin kotimaisen rikosoikeuden trendit kuuluvat Tuorin jaottelussa *oikeuskulttuurin* tasolle. Tuorin tasomalli auttaa hahmottamaan niiden roolia rikosoikeuden monikerroksisessa kokonaisuudessa. Olennaista on se, että ne kaikki on mahdollista nähdä lopulta melko samankaltaisessa välittäjätehtävässä; niiden kautta rikosoikeuden pintatasolle kuuluvat tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanotot on mahdollista perustaa tavalla tai toisella positivoituihin poliittis-moraalisiin valintoihin, joita ilman moderni rikosoikeus ei kerta kaikkiaan kykene toimimaan. Samalla erilaiset tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanotot tulevat sidotuiksi perustavanlaatuisiin rikosoikeuden syvärakenteeseen kuuluviin rationaalisuustyyppeihin.

Tuori on tarkastellut nimenomaan oikeuskulttuurin tasoa tarkemmin teoksessaan *Oikeuden ratio & voluntas* (2007). Teos lähtee jo nimensäkin mukaisesti siitä, että modernia oikeutta luonnehtii joukko perustavia jännitteitä, joiden varaan oikeuden sisäinen dynamiikka pitkälti rakentuu³²⁵. Teoksen kannalta keskeisin jännite liittyy lainsäätäjän oikeuden pintatasolla poliittisen tahtonsa (*voluntas*) puitteissa aiheuttaman turbulenssin sekä sitä rajoittavan oikeuskulttuurisen, mutta myös oikeuden syvärakenteeseen ulottuvan, koherenssia tuottavan järjen (*ratio*) väliseen ristiriitaan. Tuorin lähtökohtana on jännitteen hyväksyminen: kyse ei ole pelkistä oikeuteen luotavista näkökulmista, joita tulisi tarkastella toisistaan erillisinä tai jotka vaihtoehtoisesti tulisi pyrkiä tavalla tai toisella purkamaan. Sen sijaan jännitteeseen ei ole pysyvää ratkaisua, vaan kyse on vuorovaikutuksesta, jonka pohjalle koko modernin oikeuden muuttuvuuden ja vakauden dialektiikka rakentuu. Kyse on vakauden ja muutettavuuden tasapainosta, jossa ennen kaikkea muutosrytmiltään hidas ja konservatiivinen oikeuskulttuuri suitsee tietynlaiseen radikalismiin ja oikeuden instrumentalisoinniseen taipuvaista edistyksen ja lineaarisen aikakäsityksen nimiin vannovaa lainsäätäjää.³²⁶

Edelliset kotimaisen rikosoikeuden trendit heijastuvat niin modernin rikosoikeuden oikeuslähde- kuin tulkintaoppeihinkin: juuri perus- ja ihmisoikeussäännösten sekä erilaisten kansainvälisten normistojen olennainen rooli on ehkä ylipäättään keskeisin syy ”perinteisen aarniolais-peczenikiläisen” staattisen oikeuslähdehierarkian ongelmiin. Myös oikeusperiaatteet ja reaaliset argumentit ovat osoittautuneet oikeuslähteiksi, joita on vaikea hallita staattisen hierarkian puitteissa. Tulkintaoppien osalta on selvää, ettei sanamuodon mukaisella tulkinnalla ole vastaavaa roolia kuin aiemmin. Teleologisen, systemaattisen ja perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkintamenetelmän väliset rajanvedot eivät nekään ole lainkaan selviä.

³²³ Tuori 2000 s. 216 ja 219.

³²⁴ Kyse on seikasta, joka maallikoiden ohella jää Tuorin mukaan huomaamatta myös tyypillisiltä lakimiehiltä, jotka ”spontaanisissa positivismissaan” eivät näe nenänsä edessä olevaa lakikirjaa, kommentaaria tai oikeustapauskokoelmaa pidemmälle (Tuori 2000 s. 163).

³²⁵ Tuori 2007a s. 38.

³²⁶ Tuori 2007a erit. s. 38–39, 48–51, 279 ja 283.

Kuten niin Koskisen, Lahden kuin Pirjatanniemenkin esityksistä käy ilmi, muodostavat kyseiset trendit selväpiirteisten jakolinjojen sijaan toinen toisiinsa limittyvän ja linkittyvän monimutkaisen vyyhteen. Ajatus rationaalisen ja humanin kriminaalipolitiikan toteuttamisesta saattaa lainsäädäntötasolla ilmetä vaikkapa aiemmin sääntelemättä jääneen ongelmakokonaisuuden ulottamisena suhteellisen abstraktien – *yleisten* – säännösten piiriin. Lainopin osalta tällainen aiheuttaa tarvetta uudentyypisen sääntelyn systematisoimiselle – asiaa koskevien yleisten oppien kehittämiseksi. Oikeusperiaatteita koskeva teoria saattaa tarjota edelleen tähän soveltuvan teoriakehikon.³²⁷ Oikeusperiaateajattelun ohella yleisiä oppeja on mahdollista pyrkiä sitomaan tiiviimmin yhteiskunnallisiin arvopäämääriin myös perus- ja ihmisoikeuksien kautta.³²⁸ Perus- ja ihmisoikeuksien lainsäädäntöhierarkkisesta asemasta johtuen niille on lähtökohtaisesti ajateltavissa muita normeja suurempi merkitys, minkä johdosta myös rikosoikeudellista ajattelua saatetaan rakentaa hyvinkin voimakkaasti nimenomaan perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien varaan. Siitä, millainen rooli tämän ohella jää vaikkapa yleisten oppien dogmaattisille rakennelmille tai rikosoikeudellisille periaatteilla vallitsee erilaisia käsityksiä.³²⁹ Perus- ja ihmisoikeusnormit jäävät joka tapauksessa monelta osin sen verran korkealle abstraktiotasolle, että niitä voi pitää itsessäänkin periaatetyyppisinä ja poliittisluonteisina. Myös kansainväliset rikosoikeudelliset normistot yltyvät lopulta harvoin kotimaisen lainsäädännön kanssa vastaavalle yksityiskohtaisuuden asteelle. Esimerkiksi EU-direktiivien ajatuksena on nimenomaan asettaa yleisen tason tavoitteet, joihin pääseminen jää kunkin jäsenmaan konkreettisten lainsäädäntö- ynnä muiden toimien varaan.

Rikosoikeuskulttuuri erilaisine trendineen on siinä määrin monitahoinen ja monimutkainen kokonaisuus, että on päivän selvää, että niin haluttaessa Suomessa viimeisten 30 vuoden aikana tapahtuneet muutokset olisi ilmaistavissa myös edellisestä jäsentelystä poikkeavalla tavalla. Esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusajattelun voisi ajatella niputettavan kansainvälistymis- ja eurooppalaistumiskehitykseen, tai vaikka oikeusperiaatteilla operoinnin rikosoikeuden yleisiin oppeihin. Nimenomaan rikosoikeustiedettä koskevana

³²⁷ Tästä on kyse esim. Tapio Lappi-Seppälän vuoden 1987 väitöskirjassa. Teoksessa Lappi-Seppälä pyrkii muodostamaan vuonna 1976 rikoslakiin otettujen yleisten rangaistuksen mittaamisohjeiden soveltamiselle normatiivisen perustan ja samalla rikastamaan asiaa koskevia ratkaisukriteerejä. Tätä kautta erilaisten tulkintavaihtoehtojen määrä täsmentyy siten, että lainkäyttäjä voi paitsi optimaalisella myös kontrolloitavalla tavalla täyttää oikeusturvan aineelliset ja muodolliset vaatimukset, jotka edellyttävät niin muodollisesti yhtenäistä kuin sisällöllisestikin oikeudenmukaista mittaamiskäytäntöä. (Lappi-Seppälä 1987 s. 34, 113–114 ja 165) Käytännössä tämä tapahtuu määrittelemällä erilaisia *mittaamisperiaatteita*, jotka tiivistävät rangaistuksen mittaamisessa vaikuttavia arvoja, päämääriä ja tavoitteita (teoksen III luku). Kyseisten periaatteiden vaatimukset pyritään konkretisoimaan edelleen yksittäisiksi ja edellisiä spesifimmiksi *mittaamisperusteiksi*, jotka merkitsevät lopulta arvostelussa vaikuttavia (oikeus)tosiseikkoja (teoksen IV luku). Lopulta kyseiset oikeustosisieikat kytketään vielä oikeusseuraamukseen muovaamalla *mittaamispresumptioita* (teoksen V luku). Tutkimus huipentuu de lege ferenda -tyyppiseen jaksoon, jossa hahmotellaan suositukset RL 6 luvun säännöksi (s. 650–651). Lappi-Seppälän perusajatuksena on siis rakentaa aina yleisistä kriminaalipolitiikan arvopäämääristä mittaamisperiaatteiden, -perusteiden ja -presumptioiden kautta yksittäisiksi säännöksiksi ja mittaamisratkaisuihin konkretisoituvaa rangaistuksen mittaamisen järjestelmää, jossa kaikille yksittäisille perusteille on osoitettavissa koherentti yhteys koko järjestelmän perustavoitteisiin (näin hän asian itsekin kiteyttää (Lappi-Seppälä 1997 s. 197–198)). Mittaamisen yleisten oppien muotoilu kriminaalipoliittiset tavoitteenasettelut huomioiden tapahtuu siis hyödyntäen eräänlaisena taustateorianakin mittaamisperiaateiden kuin argumentaatioteoriaakin; mittaamisproblematiikkaa ei lähestytty loogis-deduktiivisen ratkaisuteorian joko/tai -tyyppisten asetelmien kautta, vaan argumentaatioteorialle ominaisena punnintana, joka siis kiinnitetään systematisaation ja käsitteellisten yhteyksien sijaan kriminaalipoliittiseen argumentaatioon (Lappi-Seppälä 1987 s. 20 ja Lappi-Seppälä 1998 s. 197–198).

³²⁸ Tältä osin mielenkiintoisen esimerkin muodostaa etenkin Elina Pirjatanniemen vuoden 2005 väitöskirja, jossa ympäristölähtöinen ajattelumalli pyritään tuomaan osaksi ”perinteistä” rikosoikeutta niin periaateorientoituneen lähestymistavan kuin perus- ja ihmisoikeuksien kytkeytymisen oikeushyväajattelun muodossa. Juuri oikeudelliset periaatteet ja perusoikeudet muodostavat Pirjatanniemelle tavanomaisten sääntöjen käytön apuväline. Ne merkitsevät normatiivista aineistoa, jonka kautta arvokeskustelu on mahdollista. (Pirjatanniemi 2005 erit. s. 93) Rikosoikeuden kytkemisestä perusoikeusjärjestelmään oikeushyväopin kautta ks. myös esim. Ratamäki–Tolvanen 2018 s. 168–169 ja 181.

³²⁹ Ks. esim. Melanderin yleisten oppien oppikirja (Melander 2016), jossa monia perinteisiä dogmaattisluonteisia kysymyksenasetteluja sivuutetaan hyvinkin kevyesti.

kokonaan uutena trendinä voisi nostaa esiin vaikkapa tutkimuksen painopisteen siirtymisen kattavista monografioista suppeampaan artikkelimuotoon, tai yksittäisistä rikosoikeusoppineista monihenkisiin ja -kansallisiin, tai vähintäänkin monitieteisiin projekteihin ja hankkeisiin³³⁰.

Olen valinnut Koskisen, Lahden ja Pirjatanniemen jäsennystapoihin tukeutuen edellä mainitsemani trendien jaottelun, jonka pohjalta lähdän seuraavaksi kotimaista keskustelua jäsentämään. Jotain on valittava. Lopulta yksittäisiä trendejä olennaisempaa esityksessäni on kuitenkin kotimaisesta rikoslainopista ilmenevä yksittäistä moninaisempi rationaalisuuskäsitys.

2.2.1 Kriminaalipoliittinen orientaatio

”Die Strafrechtsordnung soll eine Ordnung und keine Unordnung sein, sie soll ein einheitliches Ganzes sein, ohne inneren Widerspruch, ein Kosmos und kein Chaos.”

(Leopold Zimmerl³³¹)

”Rikoksen rakenne ei ole taikurin hattu, josta voi nousta kaikkien yllätykseksi erikokoisia jäniksiä (tulkintasuosituksia). Jokainen jäniksen nostaminen tai nostamatta jättäminen on perusteltava materiaalisesti.”

(Ari-Matti Nuutila³³²)

Kotimaisessa rikoslainopillisessa keskustelussa on puhuttu viime vuosikymmeninä paljon kriminaalipoliittisesti latautuneesta, orientoituneesta tai vaikkapa suuntautuneesta rikoslainopista³³³. Ajatuksena on tältä osin yleisellä tasolla se, että lainopissa tulisi huomioida säädetyn eli siis positiivisen oikeuden taustalla olevat kriminaalipoliittiset tavoitteet. Yhteiskunnan oikeusjärjestyksen tuntemat lait ovat säädettyjä perimmäisimpänä tarkoituksenaan edistää jollain lailla siedettävää ihmisten välistä yhteiselämää. Oikeussäännöksillä pyritään aina johonkin – ne ovat *tavoiterationaalisia*. Niitä ei säädetä huvia vuoksi eivätkä ne ilmesty tyhjistä. Jotta tavoitteisiin voidaan pyrkiä on tiedettävä tavoitteet ja erilaisten lainopillisten kannanottojen seuraukset. Vasta tämän jälkeen niitä voidaan yrittää sovittaa yhteen.

Tähän asti liikutaan säädännäisen modernin oikeuden kannalta ”aapistotuuksien” tasolla. Ongelmalliseksi tilanne muuttuu, kun a) kysytään, mitä nämä rikosoikeuden

³³⁰ Oikeustieteellistä keskustelua viime vuosina paljon värittäneestä ”tieteidenvälisyyden” taikka ”moni-”, ”poikki-”, tai vaikka ”transdisiplinaarisen” tieteellisen tutkimuksen trendistä ks. esim. Linnanmäki 2020 ja Gräns 2018, joka mm. tarkastelee termien *multi-*, *tvär-*, *inter-* ja *transdisciplinär* merkityssisältöä nimenomaan oikeudellisen tutkimuksen osalta (s. 435–437). Esim. Hyttinen 2015 s. 24 katsoo ”monialaisuuden” jo siinä määrin voimakkaaksi muotisuuntaukseksi (ja siis *muodikkaan tutkijan* kriteeriksi), että oman tutkimuksensa luonnehtiminen sellaiseksi tuntuu liki kiusalliselta. Todettakoon itse uskovani siihen, että erilaiset kulloinkin sovellettavat tieteiden (tai tiedon) muodot on yksinkertaisesti valittava tutkimuskysymyksen mukaan. Nykymaailmalle ominaisen turhanpäiväisen ”moni-”, ”poikki-” tai minkä ikinä useiden eri tieteenalojen nimeen itseisarvoisen ja lapsenomaisen onnen varassa vannomisen voi karistaa helposti lukemalla vaikka Platonin *Valtiota* pohtien, mahtaako ajatus monien erilaisten tieteenalojen hyödyntämisestä olla keksitty 2000-luvulla, vai olisiko kyse enemminkin siitä, mihin kuka milloinkin haluaa erilaisia tieteiden rajoja vetää... Metodista valvetuneisuuttaan (tai valvetumattomuuttaan) voi pohtia myös Hyttisen suositusta seuraten selailemalla internetin hakukoneen sanoille ”jurisprudence” ja ”method” antamia tuloksia (s. 24 alav. 73). Tai sitten voi hymähtää, ettei tällaista nyt tietenkään kenenkään (tai ainakaan minun!) ole tarvetta tehdä ja jatkaa elämäänsä ah niin onnellisena.

³³¹ Zimmerl 1930 s. 2.

³³² Nuutila 1996 s. 25.

³³³ Kriminaalipoliittisesta latautuneisuudesta ks. esim. Tapani 2004 s. 71, orientaatiosta esim. Lappi-Seppälä 1998 ja suuntautuneisuudesta esim. Nuutila 1996 s. 26.

tavoitteet tarkalleen ottaen ovat, tai kun b) katsotaan, mitä erilaiset kriminaalipoliittikkaa painottavat kirjoittajat todella kirjoittavat.

2.2.1.1 Miksi tai miksei rikosoikeus?

Rikosoikeuden juoni on lopulta aina sama: kysymys on siitä, onko tiettyssä ihmistoiminnassa tai toimimatta jättämisessä ollut kyse rikoksesta ja jos on, niin millainen rangaistus siitä seuraa. Rikos ja rangaistus liittyvät yhteen siten, että koko järjestelmän eräänlaisena lopputuotteena on vastaus siihen, rangaistaanko jotakuta vai ei – viedäänkö tältä omaisuutta ja/tai vapautta. Koska kumman tahansa riistäminen on ihmiselle lähtökohtaisesti epämieluisia, voi rankaisemista yhtä hyvin nimittää yhteiskunnan taholta tapahtuvaksi täysin tietoiseksi ja tarkoitushakuiseksi kärsimyksen aiheuttamiseksi. Lisäksi on toki syytä huomata, ettei yhteiskunnan taholta ”raiskaajaksi”, ”varkaaksi” tai vaikka ”veropetoksentekijäksi” nimetyksi tuleminen sekään ole mukavaa saati merkityksetöntä. Kaikki tällainen pitäisi tietysti pystyä perustelemaan, ja hyvin. Etenkin tavoiterationaali ”kriminaalipoliittisesti suuntautunut” rikoslainoppi on auttamatta kiinni siinä, miten rikosoikeuden lopputuote – eli siis tässä mielessä tavoite: rikoksentekijöiden rankaiseminen – perustellaan. Rikosoikeuden funktio on samalla sen oikeutus ja siis puolustus. Valitettavasti tähän ei ole esitettävissä valtavaa hyviä perusteita – ainakaan jos hyvällä tarkoitetaan sitä, että asiasta olisi edes alan tutkijoiden taholta päästy selkeään konsensukseen. Mitä erilaisimpia perusteita on kyllä esitettävissä. Asiasta tavataan keskustella kotimaisessa lainopissa otsikolla ”rangaistusteoria”.³³⁴ Sinällään rankaisemisen (tai laajemmin pakottamisen ja vallankäytön) oikeutus on tietysti mahdollista nähdä olennaiseksi teemaksi koskien ylipäänsä koko oikeusjärjestyksen oikeutusta³³⁵.

Rangaistusteoriat tavataan jakaa kahteen päähaaraan³³⁶. *Ensinnäkin* puhutaan *retributiivisista* tai *absoluuttisista* teorioista, jotka tavataan yhdistää deontologiseen

³³⁴ Lappi-Seppälä 1987 s. 125. Kriminaalipoliittisesti orientoituneen rikoslainopin piirissä rangaistusteorioille on annettu mitä erilaisimpia merkityksiä. Esim. Lappi-Seppälä katsoo rangaistusteorioiden 1) *kontrolloivan* rikosoikeuden käyttöä, 2) *justifioivan* rikosoikeuden tai vaihtoehtoisesti alistavan sen *kritiikille*, 3) *systematisoivan* rikosoikeutta ja vaikuttaen sen piirissä tehtäviin ratkaisuihin sekä 4) vaikuttavan myös sen *sisältöön* (Lappi-Seppälä 1994 s. 29 ja Lappi-Seppälä 1998 s. 204). Jokainen rangaistuksen käyttöön liittyvä oikeudellinen ratkaisu nojaa lopulta jonkinlaiseen rangaistusteoreettiseen konseptioon, joka puolestaan on sidoksissa ihmiskäsitykseen ja maailmankuvaamme (Lappi-Seppälä 1994 s. 22–27 ja 1987 s. 125). Kriminaalipoliittisesti orientoitunut rikoslainoppi on yksinkertaisesti mahdotonta ilman perusteltua ja eksplikoitua kantaa rikosoikeuden oikeutusta, tavoitteita ja toimintatapaa koskeviin kysymyksiin (Lappi-Seppälä 1997 s. 203). Ks. myös Tapani 2003 s. 123–124 ja myös 139, joka rangaistusteorioiden ohella korostaa oikeuskulttuurin ja oikeusjärjestyksen muutoksen merkitystä rikosoikeustutkimuksen metodologisen perustan ymmärtämiselle. Hänellekin kaikki nämä kiteytyy rikosoikeusjärjestelmän ”pragmaattis-rationaaliseen justifiointiin” ja ”tavoitteellisen-rationaaliin perusteisiin”. Tässä kohdin on hyvä huomauttaa, että esim. Backman 1992 s. 311 katsoi jo 1900-luvun alkupuolen *käsiteläinopilliseksi lakipositivismiksi* luonnehtimalleen ”traditionaaliselle suomalaiselle rikoslainopille” ominaiseksi rikosoikeudellisen järjestelmän tavoitteenasettelun perusteiden jäsentämisen ns. rangaistusteorioiden avulla sekä niistä johdettavan kriminaalipoliittisen keinovalikoiman ja rikoslainopillisen käsitteistön. Ainakin väljässä mielessä ajattelussa on Backmanin mukaan kyse konkreettisten käsitteiden johtamisesta oikeusjärjestelmän aksiomeista, joista puhuttiin myös ”rikosoikeuden johtavina periaatteina”. (Ks. erit. s. 274–275, jossa Backman käsittelee Honkasalon omaksumaa ja rikosoikeuden johtavien periaatteiden varaan rakentuvaa käsitesystematiikkaa.) Ks. myös vaikkapa Roxin 1989 s. 327–329 ja 339–340, jonka mukaan ”kriminaalipoliittisesti suuntautuneen rikoslainopin” lähtökohtana ja yhtenäisenä perustana on kaikki rikoksen rakenteen tasot läpäisevä rangaistusteoria, jossa rankaisemisen tarkoitus sidotaan yksinomaan preventioon, jota kuitenkin rajoitetaan syyllisyysperiaatteen mukaisesti (ilman, että asiassa olisi kuitenkaan kyse hyvityksestä!).

³³⁵ Asiasta huomauttaa esim. Rentto 1992b s. 1333. Rikosoikeuden piirissä tutuin sanankääntein myös huolimaton velallinen saatetaan mieltää uhrattavaksi luotonannon alttarilla (ks. Ekelöfin ja Bomanin pohjalta Saranpää 2010 s. 154–158).

³³⁶ Ks. esim. Kettunen 2015 s. 57. Tolvanen 2009 s. 358 ja 375–377 toteaa, etteivät rangaistusteoriat ole teorioita samassa mielessä kuin vaikkapa empiriisen tutkimuksen teorit, vaan niissä on sen sijaan kyse enemminkin *hypoteeseista* tai oletelmuksista taikka kriminaalipoliittisista tavoitteenasetteluista, joista toki osa perustuu myös empiriisen tutkimustiedon varaan. Kriminaalipoliittikan välttämättömästä *arvosidonnaisuudesta* johtuen kiistaton tutkimustietokin saatetaan rangaistusteorioiden osalta yksinkertaisesti sivuuttaa. ”Kriminaalipoliittiset päätökset eivät perustu suoraan ja välittömästi kriminologian tuottamaan tietoon.” Tolvasen mukaan rangaistusteoriat ”avaavat oven kriminaalipoliittikkaan ja rikosoikeuden systematiikkaan, antavat lainkäyttäjälle työvälineitä erityisesti seuraamusten harkintaan sekä luovat viitekehyksen rikollisuuden normatiiviseen ja empiriiseen tutkimukseen”. Samanlaisin sanankääntein sääntelyn vaikuttavuutta sääntelyteorian näkökulmasta

velvollisuusetiikkaan. Karkeasti yleistäen kyseiset teoriat lähtevät siitä, että tekemällä rikoksen tekijä *ansaitsee* rangaistuksen. Piste. Ihmistä rangaistaan, koska hän on rikkonut lakia. Mitään sen kummempia perusteluja ei tarvita. Toisen päähaaran muodostavat *utilitaristiseksi* tai *relatiiviseksi* kutsutut teoriat, jotka tavataan puolestaan yhdistää siis utilitarismiin ja seurausetiikkaan. Jälleen karkeasti yleistäen; kyse on siitä, että rangaistuksesta on jotain *hyötyä*. Ihmistä rangaistaan, koska se on jollain tapaa hyödyllistä. Edellisen karkean jaottelun jälkeen on heti korostettava, ettei eri teorioiden ympärillä käyty monivuosisatainen keskustelu ole onnistunut aivan valtavasti tilannetta selventämään. Pikemminkin päinvastoin.

Retributiivisesta sovitussajattelusta voidaan erottaa *puhdas* variantti, jossa rankaiseminen perustellaan vain ja ainoastaan tehdyllä rikoksella. *Välineellinen* sovitussajattelu painottaa sen sijaan sovitusta vaativan ja empiirisesti mitattavan ihmisten oikeustajun tyydyttämistä. Mikäli tätä perustellaan edelleen vaikkapa rikosoikeusjärjestelmän uskottavuuden säilyttämisellä, on kyse oikeastaan utilitaristisesta preventioteoriasta. Sovitusteoriat voidaan jakaa myös *positiivisiin* ja *negatiivisiin*. Ensimmäisissä oikeudenmukaisuuden vaatimus edellyttää rankaisemista, jälkimmäisissä sen ajatellaan vain mahdollistavan rankaisemisen.³³⁷

Myös utilitarististen preventioteorioiden osalta voidaan puhua niin *negatiivisista* tai *positiivisista* varianteista kuin *välttömästä* tai *välillisestäkin* preventiosta. Nimensäkin mukaisesti niissä on kuitenkin lopulta aina kyse rikosten ehkäisemisestä – ”*preventiosta*”. Erilaisten varianttien erottelu perustuu lähinnä siihen, millaisten vaikutusmekanismien kautta tämä preventio ajatellaan saavutettavan. Erilaiset vaikutuskanavat voidaan jakaa karkeasti joko pelotteeseen tai integraatioon perustuviksi.³³⁸

Erilaisten rangaistusteoreettisten jaotteluiden ohella olennaista on nähdäkseni se, ettei asiaan ole olemassa minkäänlaista ”ratkaisua”!³³⁹ Rangaistusteorioiden asema

tutkinut Viljanen 2017b s. 1072 puhuu ”ihmisvälitteisen oikeuden *mielikuvituksista*” – tavoista, joiden kautta sääntelyn, tai oikeuden ylipäänsäkin, voidaan *kuvitella* vaikuttavan ihmisiin. Tällaisina Viljanen erittelee *käsä-*, *kannustin-* sekä *moraalisen mielikuvituksen*. Ensimmäisessä oikeus pakottaa, toisessa lahjoo ja kolmannessa toimii välillisemmin ihmisen omien moraalisten käyttäytymismuutosten kautta. Ks. myös Viljanen 2017a s. 29–34 ja 39–40, jossa puhutaan edellisten lisäksi *vaikutuksettomana oikeuden mielikuvituksista*, *pelotusoikeudesta* sekä *kyborgisääntelystä*.

³³⁷ Puhtaiden sovitusteorioiden ohella voidaan puhua ”absoluuttisista”, ”metafyysisistä” tai ”aidoista” sovitusteorioista (ks. esim. Lappi-Seppälä 1994 s. 32 ja Melander 2008a s. 188–189). Välineellisten sovitusteorioiden kohdalla voidaan puolestaan viitata ”sosiaalipsykologiseen sovitussajatteluun” (Lappi-Seppälä 1994 s. 32). Positiivisesta ja negatiivisesta retributiivisista ks. Melander 2008a s. 186.

³³⁸ Erilaisista yleisestävän vaikutuksen hahmotustavoista ks. esim. Lappi-Seppälä 1994 s. 56–61. Esim. Nuotio 1998 s. 516–517 toteaa kysymyksen rangaistuksilla tai rangaistushuilla saavutettavista hyödyistä ”äärettömän hienosyiseksi” ja katsoo sen edellyttävän tarkastelun olennaista eriyttämistä. Hyödyllisyys kun voidaan tulkita esim. preventioteorioiden tapaan tulevaisuudessa tekemättä jäävinä rikoksina tai enemmänkin retributiivisia käsitteitä lähestyvänä oikeudenmukaisuuden edistämisenä.

³³⁹ Esim. Nuotio 2013 s. 276–278 korostaa, ettei nykyaikana ole mieltä olettaa jonkin yksittäisen rangaistusteoreettisen näkemyksen voivan selittää kaikki rikosoikeuden ilmiöt. Hahmottelemassaan ”yhteiskunnan rikosoikeudessa” Nuotio katsookin olennaiseksi kyetä omaksumaan olennainen keskeisistä (ja siis rangaistusteorioiden taustalla vallitsevista) yhteiskunnassa ilmenevistä oikeudenmukaisuuskäsitteistä. Ks. Lahti 1994 s. 6–7, joka arvelee yksimielisyyden olevan rangaistusteoreettisen keskustelun osalta saavutettavissa vain siitä, että rikosoikeuden perusteltavuutta, sen soveltamisalaa ja rajoja on syytä jatkuvasti ja kriittisesti koetella. Ks. Lappi-Seppälä 1994 s. 21, joka varoittelee asiaa koskevien yksinkertaisten ratkaisujen löytäjää Johs. Andenäsien toteamuksella, kuinka puolen vuosisadankaan työskentely rikosoikeudellisten ongelmien parissa ei ole selvittänyt Andenäsien kantaa rangaistusteoreettisiin kiistakysymyksiin, vaan ainoastaan lisännyt ymmärrystä kysymyksenasetteluiden mutkikkuutta ja vaikeutta kohtaan – ja näin loiventanut aiemmin ehkä kategorisempia näkemyksiä. Lappi-Seppälä erittelee 7 syytä rangaistusteoreettisen keskustelun perustavanlaatuiselle vaikeudelle. Kyse on siitä, että koko keskustelua käydään jo ylipäänsä useista eri lähtökohdista ja useita eri lähtökohtia yhdistellen! Kyse on 1) moraalifilosofisista, 2) valtioteoreettisista, 3) maailmankuvallisisista, 4) rikollisuusongelmaa koskevista, 5) ammatillisiin rooleihin liittyvistä sekä 6) erilaisiin tiedonintresseihin perustuvista näkökulmista sekä 7) yleisestä aihepiiriin liittyvästä käsitteellisestä sekavuudesta. Kyseisten rangaistusteoreettisten muututtujen alituisen liike johtaa siihen, että lopputulokset jäävät lopulta paitsi diskursiivisiksi myös relatiivisiksi; on vain kasa argumentteja ja niiden yhdistelmiä, joiden painoarvo ja merkitys ovat edelleen sidoksissa ympäröivään sosiaaliseen, poliittiseen ja taloudelliseen järjestelmään ja olosuhteisiin – mitkä nekin muuttuvat! (s. 21–26, 30 ja 82. Erilaisista rangaistusteoreettisten

rikosoikeudessa onkin mitä kummallisin. *Intuitiivisesti* ajatellen retributiiviset teoriat lienevät selvästi perusteluvoimaisempia. Kysyttäessä, miksi henkilö A:ta rangaistaan, ryhtyy harva pohtimaan tällä saavutettavia hyötyjä. Nopea ja helppo vastaus on se, että hän on rikkonut lakia. Ajatus siitä, että lakia rikkonutta henkilöä ei rangaistaisi yksinomaan siksi, ettei tästä olisi mitään hyötyä, olisi puolestaan vähintäänkin vakavien rikosten osalta kummallinen. Valtiopetosta valmistelleen ministerin rankaisematta jättäminen sillä perusteella, ettei rankaisemisella olisi minkäänlaista vaikutusta siihen, tekeekö hän tai kukaan muukaan tulevaisuudessa vastaavaa rikosta, *tuntuisi* älyttömältä. Ihmisen rankaiseminen ylipäänsä vain siksi, että siitä on jollekin jotain hyötyä *tuntuu* vastenmieliseltä ja suoranaiselta ihmisarvon halveksimiselta. Yhtälailla on *järjellisesti* vaikea perustella, miten ihmisen rankaiseminen ilman minkäänlaista asiaan liittyvää hyötyä eroaisi sadismista. Jos yhteiskunnan lait, ja toiminta ylipäänsä perustuvat jonkinlaiseen tavoitteeseen, lieene tavoitteellisuuden piiri ulotettava myös toimintaan, jossa ihmisille aiheutetaan tarkoituksellisesti kärsimystä.³⁴⁰

Edellä mainittu ristiriitaisuus on tietysti johtanut rikosoikeuden piirissä mitä erilaisimpiin yrityksiin päästä ongelmasta eroon. *Ensinnäkin* on puhuttu erilaisista ”kolmannen linjan” teorioista, joissa saattaa olla kyse niin kokonaan uusien näkökulmien esiin nostamisesta tai edellisiä absoluuttisia ja utilitaristisia teorioita yhdistelevisistä kompromissi- tai yhdistelmäteorioista. Esimerkiksi niin sanotuissa kommunikatiivisissa teorioissa painotetaan rikosoikeuden roolia yhteiskunnallisena diskurssina, jonka kautta erilaisiin vaikeisiin aiheisiin päästään käsiksi³⁴¹. Malliesimerkin kompromissista tarjoaa puolestaan Suomessa paljon toisteltu fraasi, jonka mukaan rikosoikeudella tavoitellaan ”rikollisuudesta aiheutuvien haittojen vähentämistä ja oikeudenmukaista jakamista”³⁴². Kyseinen muotoilu näyttäisi sisältävän sekä utilitaristisen (haittojen vähentäminen) että absoluuttisen (haittojen oikeudenmukainen jako) puolen³⁴³. Toinen ainakin vanhemmalle kotimaiselle keskustelulle tyypillinen kompromissimalli ovat erilaiset yritykset löytää utilitaristisia ja absoluuttisia teorioita yhdistäviä näkökantoja³⁴⁴.

näkemyksen taustaoletuksista ks. myös s. 77–82.) Perspektiivin hankkimiseksi rangaistusteoreettiseen keskusteluun ks. myös vaikkapa Wahlberg 2006.

³⁴⁰ Ks. esim. Fletcher 1998a s. 31–33. Retributivistit tapaavat kyseenalaistaa utilitaristien moraalien, utilitaristit puolestaan retributivistien piittaamattomuuden ihmisten hyvinvoinnista.

³⁴¹ Ks. esim. Kettunen 2015 s. 63–64, joka toteaa ns. kommunikatiivisten ja ekspressiivisten rangaistusteorioiden yhdistävän niin deontologisia kuin konsekventialistisiakin näkökulmia. Olennaista on se, että yksilöt voisivat hyväksyä rikosoikeuden esittämät normit. Teorioiden vivahde-erona on se, että *kommunikatiiviset* teoriat painottavat enemmän rikoksenteijän ja yhteiskunnan välistä vuoropuhelua *ekspressiivisten* teorioiden keskittyessä yhteiskunnan suorittamaan viestintään. Ns. yhdistelmä- tai kompromissiteorioista ks. s. 69.

³⁴² Ks. esim. Melander 2008a s. 287, Hahto 2004 s. 140 alav. 369, Tolvanen 1999 s. 34 alav. 52 ja Nuutila 1997b s. 35–37. Kriittisempänä äänenä ks. esim. Utriainen 1992 s. 28–29. Fraasin taustalla näyttäisi olevan Patrik Törnudd – ainut vuoden 1970 kansainvälisen kriminologikongressin yli 30 asiantuntijasta, joka ei pelkistänyt kriminaalipolitiikan arviointiperusteita vain sen rikollisuuteen kohdistuvaksi vaikutukseksi. (näin tietää kertoa Lahti 1976 s. 537–538 ja Lahti 2013b s. 12–13). Nykyisin ajatus on saanut siunauksensa myös perustuslakivaliokunnassa (PeVL 9/2016 s. 5). Varsin lähelle kyseistä ajatusta tulee nykyisin myös EU-rikosoikeudellinen muotoilu, jossa seuraamuksilta edellytetään ”tehokkuutta, oikeasuhtaisuutta ja varoitavuutta” (ks. esim. Melander 2016 s. 33, joka yhdistää *oikeasuhtaisuuden* sovitussajatteluun sekä *tehokkuuden* ja *varoitavuuden* puolestaan (pelote)preventioon huomauttaen kyseisen edellytyksen koskevan EU-oikeudessa seuraamuksia ylipäänsä – ei ainoastaan rikosoikeutta).

³⁴³ Esim. Lahti 1974 s. 237–240 toteaa, ettei kyseinen tavoiteasettelu ole yksinomaan *hyötysuuntautunut* (utilitaristinen), vaan ”oikeudenmukainen jakaminen” osoittaa selvästi tarkasteltavan olevan myös *oikeudenmukaisuus*suuntautunut. Pääpainon Lahti arvelee kuitenkin olevan minimioimistavoitteessa, minkä johdosta jakamistavoitteella on Lahden mukaan edellistä rajoittava tai muunteleva tehtävä. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987 s. 249 ja 261–262, joka puhuu minimioimis- ja jakamistavoitteista todeten järjestelmän kuitenkin perustehtävältään utilitaristiseksi.

³⁴⁴ Ks. esim. Salmiala 1948 erit. s. 418–419, joka kytkee rangaistuksen yleispreventiivisen yhteiskuntaa turvaavan tehon kansan oikeustajun vaatimaan sovitukseen eli ”pahan kärsimykseen tehdyn rikoksen johdosta”. Ks. myös Honkasalo 1937 s. 47–54, joka virkaanastujaisluennossaan pyrki osoittamaan sovitus- ja preventioajattelun välillä vallitsevan periaatteellisten eroavuuksien ohella myös yhtymäkohtia, mikä selittää sen, että molempien leirien piirissä on oltu hyvinkin tyytyväisiä erilaisiin lainsäädännössä tehtyihin kompromisseihin eri ajattelumallien välillä. Ennen kaikkea kyse on siitä, kuinka oikeudenmukaisuutta

Toinen yhdistelmäteorioita hyvin lähelle tuleva vaihtoehto on antaa niin absoluuttisille kuin utilitaristisillekin teorioille oma roolinsa rikosoikeuden taustateoriona. Voidaan esimerkiksi todeta vain utilitarististen teorioiden kelpaavan rankaisemisen *perusteeksi*, mutta absoluuttisten teorioiden näyttelevän yhtä lailla tärkeää roolia rankaisemista *rajoittavana* tekijänä. Voidaan esimerkiksi todeta ihmisen rankaisemisen olevan perusteltavissa vain, jos siitä on jotain hyötyä, ja että rangaistuksen on samanaikaisesti oltava oikeanlaisessa suhteessa ihmisen tekemään rikokseen.³⁴⁵

Kolmas suurta suosiota saavuttanut tapa välttää rangaistusteoreettisia ikävyvyyksiä on suorittaa erinäisiä analyttisiä jaotteluita³⁴⁶. Rikosoikeudellinen järjestelmä voidaan esimerkiksi jakaa erilaisiin osa-alueisiin, joiden rangaistusteoreettiset perustelut poikkeavat toisistaan. Ehkäpä yleisimmin tällaisena (*vertikaaliseksi* luonnehdittavana) jaotteluna viitataan kriminalisointien, lainkäytön ja täytäntöönpanon väliseen työnjakoon³⁴⁷. Rangaistusteorian osalta ajatuksena on se, että kutakin näistä rikosoikeuden tasoista tulisi tarkastella erikseen. Kriminalisointien osalta selvästi keskeisintä roolia näyttelee utilitaristinen yleispreventio. Sen sijaan lainkäytön kohdalla hyväksytään tietynlainen retributiivinen painotus. Lainkäyttö voidaan jaotella edelleen syyksi lukemista ja rangaistuksen määräämistä koskeviin osa-alueisiin, joille niillekin on ajateltavissa erilaiset rangaistusteoreettiset painotukset³⁴⁸. Täytäntöönpanovaiheessa päähuomio suuntautuu erityispreventioon³⁴⁹. Erinäisiä

yleisen oikeustajun muodossa vaativa sovitussajattelu on osoittanut melkoista mukautumiskykyä kulloinkin vallitsevan sosiaalisen elämän asettamiin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. Tarkoituksenmukaisuus siis vaikuttaa käsityksiin oikeudenmukaisuudesta mukaan lukien rikoksen ja rangaistuksen välinen vastaavuussuhde. Toisaalta Honkasalo katsoo tarkoituksenmukaisuuteen tähtäävän kriminaalipolitiikan edellyttävän kansan oikeustajun tyydyttämistä (s. 56). Honkasalon ajattelu tulee myös lähelle seuraavaksi mainittua absoluuttisten ja utilitarististen teorioiden roolijakoa. Honkasalo toteaa tarkoituksenmukaisuuden aatteen eteenpäin vieväksi voimaksi ja moottoriksi, kun taas sovitussajattelulla hän näkee rajoittavan – regulaattorin – merkityksen. (s. 55–57) Ks. myös Honkasalo 1943 s. 156–159, jossa rangaistuksen tarkoitus nostetaan esille ensimmäisenä kysymyksenä, joka ilmentää rikosoikeudellisen käsityksen taustalla olevaa kulloistakin maailmankatsomusta. Klassisen koulun sovitussajattelun muuttumisen sosiaalisten tarkoituserien palvelemiseksi Honkasalo yhdistää valistusajan rationalismiin sekä luonnontieteellisen ajattelutavan tunkeutumiseen myös henkietieteiden alueelle. Myös esim. Backman 1992 s. 279 tulkitsee Honkasalon rangaistusteorian eräänlaisiksi yhdistelmäteorioiksi.

³⁴⁵ Ks. esim. Palo 2010 s. 123 ja 144–145, joka toteaa vallitsevan näkemyksen hyväksyvän rikosoikeuden käytön nimenomaan yleispreventiivisistä syistä, mutta edellyttävän samalla rikosoikeuden justifikaatiolta ihmisoikeus- ja oikeusturvanäkökohtiin palautuvien rajoitusperusteiden kunnioittamista. Kyse on tasapainon hakemisesta. Ks. myös esim. s. 377, jossa *syyllisyysperiaatteen* palautuvan argumentoinnin todetaan rajoittavan *prevention* varaan rakentuvan ja tekojen laajaa rangaistavuutta puoltavaa argumentaatiota.

³⁴⁶ Rikosoikeudellisen rankaisemisen laajuisen teeman osalta on tietysti löydettävissä mitä erilaisimpia tapoja suorittaa analyttisiä jaotteluita. Ks. esim. Lappi-Seppälä 1987 s. 126–128, joka luettelee keskeisinä erotteluina; kriminalisointi/rangaistus, järjestelmätaso/yksittäisratkaisu, tavoite/justifikaatio sekä miksi/kuinka. Kyse on pluralistisesta rangaistusteoriasta, joka sisältää implisiittisesti ajatuksen analyttisestä osakysymysten joukon erittelystä sen sijaan, että yritettäisiin vastata vain yhteen ”rangaistuksen tarkoituksen ongelmaan”. Ks. esim. Melander 2008a s. 161–162, joka yhdistää analyttiset jaottelut H. L. A. Hartin ja analyttisen filosofian käyttöönottoon rikosoikeusteorian saralla, mitä ovat edelleen jatkaneet mm. Alf Ross, Nils Jareborg sekä Tapio Lappi-Seppälä. Ks. myös Nuotio 1998 s. 493 ja 512.

³⁴⁷ Tasoteorioista ks. esim. Jareborg 1992 s. 135–152. Rikosoikeusjärjestelmän eri portaiden välisestä työnjaosta puhuu myös HE 44/2002 vp s. 178. Myös Lappi-Seppälä hyödyntää väitöskirjassaan juuri erittelyä kriminalisoinnit – rangaistusjärjestelmä – konkreettiset rangaistukset (Lappi-Seppälä 1987 s. 128–143). Lisäksi Lappi-Seppälä huomauttaa weberiläisen modernin oikeuden mallin lähteneen siitä, että tavoiteperiaatteet olivat nimenomaan lainsäädäntötason ja arvoperiaatteet puolestaan lainkäyttötason argumentteja (s. 265). Ks. myös esim. Lahti 1990 s. 204, joka korostaa erilaisten kriminaalipolitiikan tavoitteiden ja arvojen olevan eri tavoin merkityksellisiä riippuen, millä rikosoikeudellisen järjestelmän tasolla liikutaan. Esim. Helenius 2014 s. 88–131 hyödyntää kyseistä valtiovallanjakoa mukailevaa mallia rikosoikeudellisen toimivallan käsittelyyn. Esim. Kettunen 2015 s. 57–69 erottaa (H. L. A. Hartin ja John Rawlsin esimerkin mukaisesti) rikosoikeuden perustelamisen perustelu tulee kyseeseen. Kettunen tunnistaa myös Euroopan ihmisoikeussopimusjärjestelmän taustalla niin utilitaristisia kuin deontologisiakin vaikutteita, mutta katsoo EU-rikosoikeusjärjestelmän sen sijaan vahvemmin utilitaristispainotteiseksi (s. 241). Ks. vielä Tolvanen 2006 s. 572 alav. 12, joka toteaa järjestelmätason eroilla olevan tiettyä vastaavuutta myös rikoksen rakenteeseen; teon rikosoikeudellisen arvioinnin alkupäässä (tunnusmerkistön mukaisuus, oikeudenvastaisuus) korostuvat yleispreventiiviset, jälkipäässä (syyllisyys) sen sijaan erityispreventiiviset näkökohdat.

³⁴⁸ Ks. esim. Lappi-Seppälä 1987 s. 229.

³⁴⁹ Esim. Helenius 2014 s. 48 mainitsee vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa koskevaa kansainvälistä oikeusapua käsitellessään ”rikoksentehtävän palauttamisen yhteiskuntaan” yksinomaaisena modernin rikosoikeudellisen rankaisemisen tavoitteena. Sivuilla 55, 107–108 ja 125 näyttäisi nousevan esiin tosin hieman muunkinlaisia tavoitteita.

jakolinjoja voidaan vetää tietysti myös *horisontaalisesti* vaikkapa erottamalla ”ydinrikosoikeus” ”erikoisrikosoikeudesta”, joista ensimmäisen osalta tavataan puhua *mala in se* -rikoksista ja jälkimmäisen osalta *mala prohibita* -rikoksista³⁵⁰. Vielä voidaan mainita ajatus siitä, kuinka kansainvälinen ja kansallinen rikosoikeus poikkeavat ominaispiirteiltään toisistaan siinä määrin, että ensimmäisen kohdalla voidaan hyväksyä *the end of impunity* -tyyppinen äärimmäisen julmuuden sovittamiseen ja kostamiseen kytkeytyvä ajatusmalli, vaikka jälkimmäinen perustuisikin nimenomaan yleisprevention varaan.³⁵¹ Tämä palautuu tietysti pitkälti jo edelliseen rikosten *mala in se / mala prohibita* -luonnetta koskevaan jaotteluun. Ennemminkin rikoksentehtäjän erityislaatuisuuteen perustuu puolestaan ajatus siitä, että vaikkapa niin sanottu nuorisoriikosoikeus rikosoikeuden erityisalueena olisi mahdollista perustaa ”tavallista” rikosoikeutta vahvemmin erityispreveniivisiin ja nuorten tukemiseen perustuviin sosiaalisiin näkökohtiin³⁵². Myös pelkästään lainkäytöllisten ja aineellisrikosoikeudellisten syyksilukemiskysymysten kohdalla voidaan suorittaa analyttisiä rikosoikeuden justifikaatiolle relevantteja erotteluita. Esimerkiksi Kimmo Nuotio on eritellyt pelkästään objektiivisen syyksilukemisen osalta neljä eri aluetta justifikaatiokysymykselle. Perusteet rikosoikeuden käytölle saattavat poiketa riippuen, onko kyse a) käyttäytymisestä, b) abstraktista vaarantamisesta, c) konkreettisesta vaarantamisesta vai d) vahingollisen seurauksen syntymisestä.³⁵³

Neljäntenä vaihtoehtona on vain hyväksyä deontologisten ja utilitarististen näkemysten yhteensovittamattomuus eräänlaisena rikosoikeuden läpi käyvänä punaisena lankana ja yrittää yksinkertaisesti vain elää asian kanssa.³⁵⁴

³⁵⁰ Jako on tyyppillinen etenkin angloamerikkalaiselle rikosoikeudelle, jossa moni rikosoikeusteoreetikko hyödyntää jaottelua jakaen jonkinlaisen yhteisymmärryksen siitä, miten erottelu suurin piirtein on tehtävä (ks. esim. Dimock 2014 s. 151). Erityisesti oikeusfilosofisesti orientoituneet kirjoittajat näyttäisivät mieltyneen erotteluun, jota onkin hyödynnetty esim. kieltoerohdysoppiin kehittyneessä (ks. Husak 2016 s. 227). Husak toteaa rajanvedon lopulta häilyväksi ja hyödyntää itse kolmatta ”hybrid offences” -kategoriaa eräänlaisena edellisten yhdistelmänä (s. 229 ja 237). Common law -tradition puitteissa on syytä muistaa rikosoikeuden rakentuvan jo historiallisesti kahtiajakoisesti yhtäältä vanhan englantilaisen common law’n varaan ja toisaalta tuoreemman ja yhä useammin nimenomaan säädännäisen oikeuden varaan. Näistä ensimmäinen vastaa monilta osin yhä edelleen Blackstonen 1700-luvulla laatimia legendaarisia kommentaareja, jälkimmäistä ei puolestaan voi käsittää perehtymättä (myös) huomattavasti tuoreampaan materiaaliin. Tämä perustavanlaatuisen ero rikosoikeuden ytimen (”core crimes”) ja kaiken muun välillä on seikka, jota esim. mannermaisesta näkökulmasta ei helposti ymmärrä. (Ks. esim. amerikkalaisen rikosoikeusjärjestelmän kaksijakoisuudesta Stuntz 2001 s. 512–513). Mannermaisesta näkökulmasta (ja sen puitteissa omaksutusta sääntelypohjaisesta laillisuusperiaatekäsityksestä) voisi olla luontevaa ajatella koko rikosoikeus nimenomaan *mala prohibita* -tyyppiseksi ja siis säännöspohjaiseksi – erotuksena jonkinlaisesta ”luonnollisesta” *mala in se* -vääryydestä (ks. tähän liittyen esim. Hurri 2014 s. 189–190). Kotimaisen rikoslainopin osalta ks. vielä Tolvanen 2006 s. 571 (samoin Tolvanen 2009 s. 376), jonka mukaan yleisestävän vaikutuksen empiirinen osoittaminen käy sen vähemmän tärkeäksi, mitä tärkeämpää oikeushyvä rikosoikeudella suojataan ja mitä karkeampi oikeuden loukkaus on kyseessä. ”Toisen tahallisen surmaamisen kriminalisoinnin mielekkyyttä ei yleensä aseteta kyseenalaiseksi, vaikka empiiristä näyttöä ei välttämättä ole siitä, että ihmiset pidättäytyisivät surmaamasta toisiaan siksi, että taposta on säädetty ankara rangaistus.”

³⁵¹ Ks. esim. Pirjatanniemi 2007, jossa Pirjatanniemi tarkastelee kansainvälisen ja kansallisen rikosoikeuden poikkeavia rangaistusteoreettisia lähtökohtia. Kansainvälisen rikosoikeuden osalta tarkastelu perustuu nimenomaan Kansainvälisen rikostuomioistuimen Rooman perussääntöön. Edellä mainittujen rangaistusteoreettisten erojen lisäksi Pirjatanniemi korostaa kansainvälisen rikosoikeuden poikkeavan kansallisesta uhrin näkökulmaa korostavana rikosoikeusmallina (, jossa esim. rikoksentehtäjän rankaisemista tarkastellaan usein juuri uhrin näkökulmasta käsin).

³⁵² Näin esim. Marttunen 2013 s. 130.

³⁵³ Nuotio 1998 s. 520.

³⁵⁴ Punaisesta langasta ks. esim. Lernerstedt 2010 s. 60 ja 108. Esim. Melander 2008a s. 100 toteaa rikosoikeudellisen järjestelmän vaikuttavan niin empiirisen tiedon valossa kuin apriorisesti tai spekulatiivisestikin tällä hetkellä rationaalisimmalta vaihtoehdolta yhteiskuntarauhan ylläpitämiseen ja oikeushyvien suojeluun. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö abolitionismin peräänkuuluttaman eettisen oluttuvuuden havaitseminen olisi rikosoikeudellisen järjestelmän kokonaisuuden kannalta tärkeää. Melander toteaa rikosoikeudellista keskustelua vaivaavan yhä edelleen historiallisista syistä johtuva skeptisyys ja ennakkoluuloisuus muita kuin yleispreveniivisiä argumentteja kohtaan. Vaikka pragmaattis-rationaalinen teoria ei hänen mukaansa ole syyllistynyt eettisen oluttuvuuden käsittelemättä jättämiseen, katsoo Melander kuitenkin aiheelliseksi korostaa rikosoikeudelliseen järjestelmään väistämättä liittyvää moraalista oluttuvuutta. Järjestelmän oikeutuksen tasolla ei tulisikaan hänen mukaansa keskittyä yksinomaan preventionäkökohtiin. Se, mitä tämä käytännössä tarkoittaa jää mielestäni Melanderin(kin) esityksessä varsin epäselväksi. Yhtäältä moraalisen eettinen oluttuvuus on tärkeä, mutta toisaalta Melander suhtautuu varoen moraalisiin perusteluihin, joita vaivaa usein intuitiivisuus.

Kaiken edellä mainitun valossa on selvää, ettei rikosoikeus voi mitenkään sivuuttaa esimerkiksi abolitionistien³⁵⁵ taholta osakseen saamaa ankaraakin arvostelua. Tai voi tämän toki sivuuttaa, mutta kyse on tällöin siitä, ettei kritiikkiin syystä tai toisesta *haluta* vastata – ei siitä, että kritiikki olisi jollain tapaa perusteetonta. Mutta miten sitten vastata tähän kritiikkiin? Yksi juristille hyvin ominainen tapa päästä ongelmasta eroon on kiinnittää huomio asiaa koskevaan eräänlaiseen näyttötaakkaan. Ratkeamattomat tosiasioita koskevat näyttöongelmathan kyetään niiden avulla sivuuttamaan noin vain. Abolitionistit lähtevät tietysti siitä, että tarkoituksellista kärsimystä aiheuttaessaan rikosoikeuden on kyettävä perustelemaan tämä. Yhteiskuntatodellisuuteen kiinnittynyt käytännöllisempi ja rikosoikeuden kannalta armollisempi näkökulma on sen sijaan se, että rikosoikeutta ja rikosten rankaisemista on yhdessä tai toisessa merkityksessä harjoitettu maailman sivu, minkä johdosta abolitionistien pitäisi ensin perustella, miksi rikosoikeus on väärässä, ja jopa esittää toteuttamiskelpoinen vaihtoehto rikosoikeudelle³⁵⁶.

Näyttötaakka jää lopulta riippumaan näkökulmasta. Mikäli rankaisemiseen suhtaudutaan jonkinlaisena yhteiskunnalle uutena tai vieraana seikkana, lieene selvää, että se on perusteltava. Jos rankaiseminen sen sijaan nähdään yhteiskuntaan kuuluvaksi tai tavanomaiseksi asiaksi, voi sitä sinällään kyllä olla syytä rajoittaa, mutta sen kokonaan poistaminen olisi erikseen perusteltava. Esimerkiksi urheilun sisäisen itsesääntelyn ja ulkoisen, vaikkapa rikosoikeudellisen, sääntelyn rajanvetoa väitöskirjassaan *Dopingrikos urheilun ja rikosoikeuden leikkauksipisteessä* (2012) pohtiva Essi Kinnunen nostaa esille Suomen antidopingsäännöstöön (ja siis urheilun sisäiseen sanktiomekanismiin) sisältyvän urheilijan ankaran vastuun, joka luonnollisesti on vaikeasti yhteensovittavissa rikosoikeudellisen syyllisyysperiaatteen kanssa. Kinnunen myös viittaa tapaukseen, jossa Suomen asianajajaliitto 26.2.2002 päivätyssä lausumassaan päätyi puoltamaan dopingaineiden

³⁵⁵ Rikosoikeudellisesta abolitionismista ks. esim. Hirvonen 1994 ja Hirvonen 1990. Abolitionismin suoralta kädetä utopistiseksi toiveajatteluksi leimaavan kannattaa pitää mielessä, että 1700-luvulla käyttöön otettu ”abolitionismi” merkitsi terminä orjuuden ja orjakaupan vastustamista. Itse en pidä lainkaan mahdottomana ajatuksena, että tulevaisuudessa omia toimiani (, joiden seurauksena muutama henkilö on hyvinkin suoranaisesti päätenyt jopa vankilaan) pidettäisiin orjien kaupusteluun tai keskitysleirien pyörittämiseen verrattavana vääräytänä. Sen tiedon ja ymmärryksen varassa mikä minulla tällä hetkellä on, olen oikein valmis tämän riskin ottamaan. Tämä ei tarkoita, ettenkö olisi asiaa vakavissani miettinyt, tai ettenkö sitä joutuisen altituseen myös jatkossa miettimään.

³⁵⁶ Esim. Lappi-Seppälä 1994 s. 40–41 katsoo rikosoikeuden toiminnasta saatavien näyttöjen (niin tulkinvaraisiksi kuin ne myöntäkin!) luovan ”rationaalisessa keskustelussa huomioonotettavan” presumption siitä, että auktoritatiiviseen moitteeseen perustuva rikosoikeusjärjestelmä on välttämätön ja myös toimiva keino hyvinvoinnin, turvallisuuden ja ylipäänsä elämän laadun suojaamiseen. Näin ollen Lappi-Seppälä katsoo näyttövelvollisuuden jäävän rikosoikeusjärjestelmän poistamista vaativille, joiden tulisi pelkän vakaumuksensa sijaan pystyä osoittamaan myös empiiristä näyttöä. Tällainen vaatimus tuntuu tietysti hivenen ristiriitaiselta Lappi-Seppälän sivulla 77 esittämän toteamuksen kanssa, jonka mukaan empiirisen tietopohjan kartuttaminenkaan ei lopulta poista rangaistusteoreettisen keskustelun perusongelmaa, joka on nimenomaan *arvokysymys*. Hirvonen 1994 s. 83–87 ja 101 pitää puolestaan selvänä, että todistustaakka toimintansa niin eettisestä kuin utilitaristisestakin oikeutuksesta on toisia ihmisiä rangaistuksiin silpovan rikosoikeuden puoltajalla. Tekstin perusteella vaikuttaa siltä, ettei Hirvonen lue (Lappi-Seppälälle puolestaan keskeisiä) utilitaristisia hyöty- ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia eetikaksi laisinkaan! Esim. Minkkinen 1992 s. 727–728 toteaa Lappi-Seppälän (jo vuoden 1987 väitöskirjassaan) esittämän ajatuksen rangaistusteoreettisesta rikosoikeuden *puolustamisesta* pitävän sisällään kaksi eettisesti arveluttavaa oletamaa. Ensinnäkin rikosoikeus oletetaan oikeutetuksi (puolustamisen arvoiseksi) ja näin koko diskurssi rakentuu siksi toisekseen aktiiviseksi legitimaatioksi (kaiken tavoitteena on rikosoikeuden oikeutus). Lopputuloksena on välineellisen tarkastelun lähtökohtin päätyvä tavoiteperiaatteellisia myönnetyksiä tekevä pragmaattinen teoria, joka on luonteeltaan episteeminen – ei eettinen tai moraalinen. Mikäli halutaan lähteä liikkeelle etiikasta (siitä, että tietoisien kärsimyksen aiheuttaminen toiselle on *a priori* väärin), olisi edelliset oletamat korvattava ”*epäoikeutuksen oletamalla*”. Kuten puolestaan Renton jo mainituista kommentteista käy ilmi, ei Minkkinen niin ikään oman lopputuloksensa saneleva tehtävänasettelu suinkaan ole ainut eettinen tai moraalifilosofinen tapa nähdä asia. Renton (ja Tuomas Akvinolaisen) tavoin huomion voi kärsimyksen aineellisen pahuuden sijaan kohdistaa myös teon moraaliseen laatuun. (Rentto 1992b erit. s. 1335 ja Rentto 1993 s. 405–406) Renton ja Akvinolaisen oikeudellisen ideologian luonnehtiminen ”aatteelliseksi kuonaksi” ei nähdäkseen tähän vaikuta – pikemminkin ehkä vahvistaa asian. (Ks. Minkkisen vastaus Rentolle (Minkkinen 1993 s. 48–49), jossa Minkkinen pitäytyy (varmasti viisaasti) sen kummemmasta moraaliseettisestä kinastelusta – lukuun ottamatta tietysti edellistä kuona-luonnehdintaansa sekä lopussa esittämänsä väitettä siitä, kuinka teoreetikon tulisi pidättäytyä transponoimasta nykypäivään ajatuksia Akvinolaisen kaltaiselta ajattelijalta, joka tuskin kykeni näkemään nykyistä julmuuden maailmaamme. Koska keskivertolukija tuskin omaa kovinkaan hyvää näkemystä siitä maailmasta, jonka keskellä Akvinolainen eli, olisi Minkkisen tietyti toivonut kertovan, miksi ja missä kohdin Akvinolaisen ajatuksiin vetoaminen hänen mielestään menee nykymaailmassa pieleen...)

käytön kriminalisointia sillä perusteella, että nimenomaan kriminalisointi käytännössä parantaisi huomattavasti urheilijoiden oikeusturvaa – verrattuna siis silloiseen tilanteeseen, jossa erinäiset urheilujärjestöjen sisäiset menettelyt saattoivat tukeutua vaikkapa käännettyyn todistustaakkaan ynnä muihin rikosoikeuden (ja myös perus- ja ihmisoikeuksien) kannalta ongelmallisiin seikkoihin).³⁵⁷ Se, miten kysymystä rikosoikeuden oikeutuksesta, hyväksyttävyydestä tai kannatettavuudesta lähestytään riippuu pitkälti siitä, millaisista lähtökohdista milloinkin lähdetään liikkeelle!

Tämän tutkimuksen tarkoituksena ei ole kehittää jonkinlaista uutta rangaistusteoriaa – tai edes muodostaa jonkinlaista kokonaisvaltaista synteesiä jo olemassa olevista teorioista. Tällainen edellyttäisi omaa tutkimustaan. Sen sijaan tässä kohdin tyydytään sanoutumaan irti siitä kummallisesta utilitaristisesta ja etenkin yleispreventiota painottavasta trendistä, joka on enemmän tai vähemmän leimannut – ja nähdäkseni myös vääristänyt – etenkin kotimaista rikosoikeudellista keskustelua jo pitkään. Ja tämän pyrin tietysti tekemään perustelujen kera.

Tässä kohtaa on syytä muistuttaa kallistuvani itse maailmakatsomukseni osalta huomattavasti utilitarismia enemmän velvollisuus- ja hyve-etiikan puoleen. Rikosoikeus ei kuitenkaan ole sama asia kuin henkilökohtainen omatuntoni, vaan jo edellä muotoilemieni teesienkin valossa moniarvoinen *yhteiskunnallinen* hanke, joka edellyttää monitahoista keskustelua ja laaja-alaista näkemyksellisyyttä – tarkemmin sanoen näkemysten paljoutta, pluralismia. Näin ollen esimerkiksi henkilökohtaisesti³⁵⁸ paikoin suorastaan vastenmielisiksi kokemani utilitaristiset näkökohdat on sisällytettävä keskusteluun – aivan kuten miellyttävämmäksi kokemanikin muut eettiset näkökulmat!

Modernin kotimaisen rikosoikeutemme utilitaristisesta painotuksesta johtuen monet näkemykseni tulevat hyvin lähelle abolitionistien rikosoikeuteen kohdistamaa kritiikkiä. Voinkin tältä osin allekirjoittaa Panu Minkkinen toteamuksen, jonka mukaan: ”Toimivuuden ja oikeutuksen samastaminen on suurimpia eettisiä latteuksia,

³⁵⁷ Kinnunen 2012 s. 189–193. Sivulla 275 Kinnunen tosin huomauttaa, että urheilun dopingsääntely on kuitenkin oikeudellistunut myös sisäisesti, minkä johdosta kurinpitoa koskevat lähtökohdat ja menettelytavat ovat Kinnusen mukaan oikeudellisten periaatteiden (esim. vain säännöissä yksilöity teko voi johtaa sanktioon) ohjaamia, vaikkei varsinaista erityistä urheilua koskevaa valtiollista lainsäädäntöä olisikaan.

³⁵⁸ Uskoisin *henkilökohtaisen* eettisen vakaumukseni osalta olevani varsin lähellä edellä jo mainittua Juha-Pekka Renton hahmottelemaa ja ennen kaikkea Tuomas Akvinolaisen rangaistus- tai pikemminkin moraalifilosofiaan pohjautuvaa teoriaa, jossa rankaiseminen merkitsee kärsimyksen tuottamisen sijaan hyväntekeväisyyttä; rikoksentekijälle tarjottua mahdollisuutta tulla paremmaksi ihmiseksi. Taustalla on ajatus ensinnäkin siitä, ettei pahuuden mitta ole niinkään aineellinen, ja toiseksi siitä, kuinka jokainen on *itse* vastuussa moraalista kasvustaan. Tässä valossa rikoksen tekemisessä ei ole niinkään kyse itselle hankitusta aineellisesta edusta, vaan itselle aiheutetusta moraalista pahasta. Konkreettisella tasolla rangaistus tarjoaa rikoksentekijälle tilaisuuden muuttaa elämäntapaansa parempaan suuntaan – abstraktilla tasolla se palauttaa oikeudenmukaisuuden järkkyneen tasapainon, joka eurojen tai mustelmien sijaan liittyy rikoksentekijän sieluun. Rikosoikeusjärjestelmän ratio ei ole oikeushyvien suojeleminen, vaan kansalaisten moraalisen kasvun (*kansalaishyveen*) mahdollistaminen – ja näiden suojeleminen omalta itseltään. Erilaiset aineelliseen hyötyyn liittyvät näkökohdat saavat Renton esityksessä painoarvoa oikeastaan vain ns. parantumattomien rikollisten rankaisemisen apuperusteluina. (Rentto 1992b ja Rentto 1993 s. 406. Ks. myös Rentto 1992a s. 253–271.) Itse en kuitenkaan uskalla ulottaa henkilökohtaisia käsityksiäni *yhteiskunnalliseen* rikosoikeuteen siinä määrin kuin Rentto. En tiedä johtuuko tämä kehnosta itseluottamuksesta, moraalisen selkärangan joustavuudesta vai ehkä monivuotisesta rikoslainopille altistumisesta. Joka tapauksessa uskon edellä mainittuun riittävästi siihen, että yritän antaa sen ohjata *omaa* elämäni. Sen sijaan muilta en tällaista rohkeaa edellyttää. Utilitaristi laskekoon kärsimyksiään vaikka sitten eurojen ja mustelmien muodossa, velvoite-etiikka tutkikoon velvoitteitaan ja hyve-etiikka vaalikoon hyveitään. Rikosoikeutemme operoi koon tämän kaiken keskellä jättäen kullekin edes jonkinlaisen tilan omien näkemystensä toteuttamiseen. Esim. Rentto 1988 s. 336–338 näyttäisi olevan valmis sallimaan lainsäätäjälle ”perfektionismin” – eli lakien säätämiseen välttämättä sisältyvien arvokannanottojen ajamisen – suuremmassa määrin kuin mitä itse sallisin. Toki Renttokin ymmärtää järkevän perfektionismin ja kohtuuttoman paternalismin välillä suoritettavan rajanvedon vaikeaksi (s. 340). Uskoakseni vetäisimme Renton kanssa rajat hieman eri paikkaan. Edellisen ohella kallistun henkilökohtaisesti myös niin ikään jo edellä mainittujen kommunikatiivisten rangaistusteorioiden puoleen sikäli, että katson rikosoikeuden ja rankaisemisen osalta hyvin merkittäväksi sen oikeaa ja väärää, sallittua ja kiellettyä koskevan (*yhteiskunnallisen*) keskustelun, johon ne tarjoavat puitteet.

mihin moderni rikosoikeustiede on pystynyt.”³⁵⁹ Olennaista omassa ajattelussani on se, ettei rikosoikeutta yksinkertaisesti ole mitään syytä – eikä voikaan! – rakentaa yksinomaan utilitarismin varaan. Tästä huolimatta yritys on Suomessa ollut kova, ehkä aivan erityisesti viimeiset 30 vuotta.

Tuoreena kotimaisena hämmennystä aiheuttavana tekijänä on Helsingin yliopiston Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin oikeusministeriön (Sipilän hallitusohjelman mukaisesta) tilauksesta suorittama ja käyntihaastatteluihin perustuva tutkimus ”yleisen oikeustajun” kartoittamiseksi. Kyseisen kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin johtajana toimiva Tapio Lappi-Seppälä on kartoituksen jälkeen pohtinut varsin monipuolisesti tämänkaltaisiin tutkimuksiin sisältyviä vaikeuksia tekstissään *”Rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua”* (2019)³⁶⁰, josta käy havainnollisesti ilmi niin oikeustajuun kuin sen mittaamiseenkin kätkeytyvä moniulotteinen mutkikkuus. Minulla ei ole mitään huomautettavaa Lappi-Seppälän itse oikeustajututkimuksia koskeviin väitteisiin, mutta kirjoituksen lähtökohdat ovat sen sijaan mielestäni mitä ongelmallisimmat. Lappi-Seppälä erittelee analyttisen tarkkaan tyyliinsä *oikeustajun, moitittavuuden ja suhteellisuusperiaatteen* välisiä eroja muistuttaen, ettei kyse ole suinkaan synonyymeistä. Tarkka lukija havaitsee alaviitteeseen jääneen vielä yhden aiheeseen liittyvän käsitteen: *oikeusvakaumuksen*, jonka Lappi-Seppälä katsoo empiirisesti määriteltävästä ”oikeustajusta” poiketen liittyvän sisältönsä puolesta moraalisiin arvoihin, traditioon sekä normatiivisiin lähtökohtiin. Tältä osin Lappi-Seppälä tyytyy painottamaan, ettei edellisiä tulisi sekoittaa; siitä, että ”oikeusvakaumusta on syytä kunnioittaa” ei seuraa, ettei empiirisen oikeustajun vaatimuksia tulisi noudattaa.³⁶¹ Tämän jälkeen siirrytään käsittelemään *tiedon* merkitystä erilaisissa rangaistuksia koskevissa käsityksissä. Tämän osalta Lappi-Seppälän linja on kova: ennakkoluuloihin ja tietämättömyyteen perustuva enemmistön mielipide ei ansaitse paikkaa rangaistuskäytäntöjen ohjaajana. Jo demokratian klassikoille *kansan tahto* merkitsi nimenomaan *hyvin informoitujen ja asioista oikean tiedon pohjalta kantansa muodostaneiden rationaalisten yksilöiden tahtoa*. Faktatieto on puolestaan yhteydessä normatiivisiin kannanottoihin; se miten asioiden ajattelee olevan heijastuu myös järjestelmän toimintaan kohdistettaviin vaatimuksiin ja odotuksiin. Vielä Lappi-Seppälä toteaa ”oman oikeusajattelumme” mukaan lainsäädännön olevan ennen kaikkea väline yhteiskuntakehityksen ohjaamiseksi.³⁶²

Juuri näihin teemoihin kätkeytyy koko rangaistusteorian kannalta perustavanlaatuisen tärkeä kysymys, jonka sivuuttaminen (muiden ohella Lappi-Seppälän tavoin) selittää

³⁵⁹ Minkkinen 1992 s. 729. ”Moderni rikosoikeustiede” samastuu Minkkisen esityksessä puolestaan pitkälti Lappi-Seppälän vuoden 1987 väitöskirjaan.

³⁶⁰ Lappi-Seppälä 2019. Samantyyppisiä ”yleisen oikeustajun” tms. kartoituksia on toki tehty viimeisten vuosikymmenten aikana muitakin. Ks. aiheesta myös Träskman 2015.

³⁶¹ Lappi-Seppälä 2019 s. 224. Myöhemmin s. 239 Lappi-Seppälä tosin rinnastaa ”yleisen oikeustajun” yleisiin moraalikäsitteisiin ja yhteisön arvorakenteeseen, joiden hän edellyttää olevan ”jonkinasteisessa vastaavuussuhteessa” rikoslain kanssa. Ja vielä myöhemmin s. 244 puhutaan yhtäkkiä yksittäisen ”poliitikon omasta oikeusvakaumuksesta” erotuksena ”yleiseen oikeustajuun”. Ks. Victor 1982, joka erottaa *reduktionistisen* ja *holistisen* näkökulman yleiseen oikeustajuun. Näistä ensimmäinen merkitsee empiirisesti mitattavissa olevaa ihmisjoukon asennoitumista oikeudellisiin kysymyksiin. Jälkimmäinen puolestaan liittyy yleisen oikeustajun johonkin suurempaan kuin vain yksilöiden käsitysten summaan – yhteisö arvostelmineen on jotain yksilöitä enemmän. Victor toteaa ensimmäisen nykyisin hyväksytyksi ja dominoivaksi, muttei (henkilökohtaisesti) halua täysin hylätä jälkimmäistäkään. Träskman 2015 s. 429–430 huomauttaa jälkimmäisellä olevan selviä liittymäkohtia ns. historialliseen kouluun ja historismiin.

³⁶² Lappi-Seppälä 2019 s. 226–227. Ks. samaan tapaan myös Melander 2017 s. 456–457 ja 459, josta välittyy usko ”rationaaliseen ja humaniiniin” yleisprevention pohjalte rakentuvan rikosoikeusjärjestelmään, jonka kansa kyllä hyväksyy, kunhan asia jaksetaan sille selittää ”rationaalisesti ja johdonmukaisesti” – rikosoikeudessa kun ei ole kyse mistään rakettitieteestä! Vrt. varsin erilaiseen sävyyn (samassa teoksessa) Nielsen 2017, joka on samaa mieltä rikosoikeuden perustavanlaatuisesta kansantajuisuudesta, mutta painottaa hyvinkin erisuuntaisesti rikosoikeustieteen perustaa arvoarvostelmissa sekä vaikkapa rangaistusteorioiden ilmentämiä ja aikojen saatossa muuttuvia *erilaisia* rationaalisuuksia (erit. s. 474–475).

uskoakseni muun ohella sitä, miksi ”kansan oikeustajua” ollaan taas jouduttu mittailemaan. Kyse on siitä, että nimenomaan empiirisesti mitattavasta ”oikeustajusta” kiinnostunut tavoiterationaali ajattelumalli kertoo vain osatotuuden rikosoikeudesta. Lappi-Seppälä lienee (edelleen) kanssani tismalleen samaa mieltä siitä, ettei rangaistusteoreettinen ajattelu pääse irti maailmankatsomuksellisista ja normatiivisista arvoista, jotka eivät tyhjene erilaisten faktojen tietämiseen – vaikkakin lienevät kyllä vuorovaikutuksessa faktatiedon kanssa. Osa meistä on utilitaristeja, osaa kiinnostavat enemmän erilaiset velvoitteet ja osa pyrkii hyveisiin – vain joitain klassisia esimerkkejä mainitakseni. Kysymys siitä, milloin utilitaristin tai velvollisuus- taikka hyve-eetikon näkemys muuttuu *faktatiedon* puutteen johdosta ”sisällöltään järjettömäksi ennakkoluuloksi” tai ihan vain ”irrationaalisuudeksi” on äärimmäisen tärkeä kysymys. Lappi-Seppälän termin kyse on kaiketi siitä, missä kulkee kunnioitusta ansaitsevan *oikeusvakaumuksen* ja järkiperustein sivuutettavissa olevan *oikeustajun* välinen ero. Tämänkaltaisilla vaikeaselkoisilla käsitteillä operointi johtaa helposti tilanteeseen, jossa yhden oikeusvakaumukseen kokemat näkemykset sivuutetaan toisen käsityksen mukaan irrationaalisena oikeustajuna. Niin kauan kuin tästä rajanvedosta ei ryhdytä tosissaan edes keskustelemaan, on hyvin suurena vaarana se, että ”kansan oikeustajulle” kintaalla viittaavat tahot leimautuvat elitisteiksi³⁶³ – ja oikeusvakaumustaan puolustavat moraalipopulisteiksi³⁶⁴.

Kuten sanottua, tämä tutkimus ei ole rangaistusteoreettinen, eikä kykene tätä rajanvetoa tämentämään. Tämän tutkimuksen kannalta on olennaista, että rikosoikeus edellyttää taustalleen myös oikeusvakaumusta, joka ei pelkistä faktatietoon, eikä ole yhdenmukaistettavissa jonkinlaisen tietopohjaisen koulutusohjelman avulla. Lappi-Seppälä voi halutessaan luonnehtia rikoslainsäädäntöä ennen kaikkea yhteiskuntakehityksen ohjaamisen välineeksi. Tähän kantaan viittaaminen ”omana oikeusajattelunamme” on jo selvästi ongelmallisempaa. Vielä ongelmallisempaa olisi ulottaa kyseinen ajatus lainsäädännön ohella rikosoikeuteen. Viimeistään tässä vaiheessa olisi hyvä tuoda esiin Lappi-Seppälän edustavan ”pragmaattis-rationaalista” linjaansa, joka ei siis Lappi-Seppälän itsensä mukaan liene ainut mahdollinen. Esimerkiksi Kimmo

³⁶³ Elitistiseltä voi vaikuttaa myös se yleispreventiivinen perustelu ”yleisön käsitysten ja kokemusten” kuuntelemiselle, jonka esim. Lappi-Seppälä itse esittää: kovin tästä poikkeava linja kun ei enää nauttisi yleisön luottamusta, eikä näin kykenisi ohjaamaan tätä yleisöä kohti yhteiskuntarauhaa. Kaikkei onneksi liikkumavara on (kaiken empiirisen tiedon valossa) tältä osin ilmeisen laava. (Lappi-Seppälä 2019 s. 240–242) Samaan kategoriaan kuuluu ajatus siitä, kuinka oikeustaju voi yksinkertaisesti ”olla väärässä” ja se, ettei oikeudenmukaisuudesta voi äänestää (s. 247). Olen Lappi-Seppälän kanssa tismalleen samaa mieltä siitä, etten aio äänestellä *omista* oikeudenmukaisuuskäsityksistäni. Sen sijaan muiden (niin ikään omia käsityksiään omaavien) ihmisten kanssa yhdessä eläminen ei uskoakseni oikein onnistu ilman ajoittaista yhteisistä – siis *yhteiskunnan* – oikeudenmukaisuuskäsityksistä äänestämistä. Melkoista elitismia voi halutessaan löytää myös vaikkapa Sakari Melanderin useaan otteeseen esiin tuomasta ajatuksesta, jonka mukaan kriminaalipolitiikan ja rikosoikeudellisten kysymysten poissaolo päivänpoliittisen keskustelun keskiöstä on jonkinlainen ”ideaali” (Melander 2013a s. 54 ja Melander 2017 s. 455 alav. 20, jossa vedetään tältä osin rajalinja yhtäältä pohjoismaisen ja toisaalta angloamerikkalaisen maailman välille). Vrt. Utriainen 2011 s. 265–267, joka irvaillee myös ns. rikosoikeuden asiantuntijoiden keskuudessa toisinaan ilmaistulle ajatukselle, jonka mukaan kriminaalipolitiikkaa ei pidä politisoida – se kun on niin monimutkaista ja tunneherkkää, ettei siihen pidä sotkea kansalaisia eikä pahemmin kansanedustajiaakaan, vaan jättää asia rikosoikeuden asiantuntijoiden (eli ajatuksen esittäneiden itsensä!) päätettäväksi. Utriainen huomauttaa kyseisten asiantuntijoiden kyvyn tietopohjansa perusteella päättää jonkinlaisesta ”oikeasta kriminaalipolitiikasta” edellyttävän objektiivista tieto- ja arvopohjaa, jonne asiantuntijoilla siis olisi ainutlaatuiset keinot hankkiutua. Kaiken lisäksi kriminaalipolitiittinen asiantuntijavalta kasaantuu helposti pienessä maassa, jossa sama henkilö (tai saman koulukunnan edustajat) voivat ensin tutkia, sitten kirjoittaa lait, sitten toimia asiantuntijoina eduskunnan valiokunnissa ja lopuksi vielä kouluttaa tuomarit. Utriainen puhuu tältä osin ”kriminaalipolitiittisesta värisuorasta”. Aivan samanlainen vaara piilee siinä, että rikosoikeusdogmatiikka ymmärretään, jonkinlaiseksi puhtaana objektiiviseksi tieteeksi, jota saa harrastaa vain teoreettiset rakennelmat kokonaisuudessaan hallitseva (ja pienessä maassa hyvin hyvin pieni) asiantuntijajakaant. Myös Utriainen muistuttaa, ettei rikosoikeus ole ydinfyysiikkaa, eikä ihmisten kykyä arvioida tekojen moitittavuutta ja rangaistusten oikeudenmukaisuutta tulisi ylimielisesti aliarvioida – ei vaikka arvot eivät sattuisi omia arvioita vastaamaan.

³⁶⁴ Ks. esim. Lappi-Seppälä 2019 s. 246–247, jossa Lappi-Seppälä käsittelee Pohjoismaissa tunnistamaansa punitatiivista trendiä ”kovenevien arvojen sekä väestöryhmien välisiä jännitteitä hyödyntävän moraalipopulistisen kriminaalipolitiikan” tekemisen tapana erotuksena ”tutkimustietoon nojautuvaan, solidaarisuuden, tasa-arvon ja välittämisen arvoille rakentuvaan perinteiseen pohjoismaiseen hyvinvointivaltiolliiseen kriminaalipolitiikkaan”.

Nuotio (, jonka juhla kirjassa käsittelemäni Lappi-Seppälän tekstikin on julkaistu) on päinvastoin korostanut, ettei rikosoikeus ole *välineellistä*, vaan *tavoitteellista* ja *demokraattista*³⁶⁵ – mitä tämä sitten ikinä tarkoittaakaan. Lisäksi Nuotio on arvioinut Lappi-Seppälän (ja myös Raimo Lahden) luottavan kriminaalipoliittiseen järkeen oikeuden sisältöjen kontrolloinnissa, mitä kautta oikeudesta muodostuu heille myös velvoittavuutensa osalta *tiedon* asia. Ja tältä pohjalta Nuotio on esittänyt mitä olennaisimman kysymyksen: *onko kansan tahdon pakko olla esimerkiksi ”kriminaalipoliittisesti järkevä”, jotta siihen perustuva oikeus tulisi velvoittavaksi – ja voidaanko pragmaattis-rationaalisesti ylipäänsäkään oikeuttaa rangaistuksen käyttö tilanteessa, jossa norminantoprosessi ei perustuisikaan yksinomaan tämäläntyyppiseen rationaalisuusharkintaan?*³⁶⁶

Nuotio toteaa vuoden 1998 väitöskirjassaan erilaisten preventioteorioiden hallinneen rikosoikeuden kenttää 1900-luvulla siinä määrin suvereenisti, että ennen kaikkea siis rikosoikeuden yleispreventiivinen tavoitteenasettelu on ryhdytty rikosoikeudellisessa tutkimuksessa usein ottamaan enemmän tai vähemmän annettuna dogmaattisena lähtökohtana. Näin kriminologisen tutkimuksen kiinnostava tutkimusteema on noussut rikosoikeuden sisäisessä argumentaatiossa *dogmiksi*, jota ei enää riitauteta ja jolle ei koeta perustelutarvetta. Samalla metafysiinen sovitussajattelu on joutunut ankaran kritiikin kohteeksi.³⁶⁷ Preventioteorioiden kautta ilmenevän tavoiterationaalisen ajattelumallin valta-asemaa kuvaa Nuotion toteamus siitä, kuinka oikeusvaltiollisista lähtökohdista ponnistava tavoiterationaalisuuden ja hyödyllisyyden kriittinen tarkasteleminen merkitsee helposti paluuta Kantin ja Hegelin aikaan ja argumenttien etsintään näiden mestarifiilosofien ajattelusta. Historiallisesti Nuotio liittäkin absoluuttisen rangaistusteorioiden ennen kaikkea Kantin ja Hegelin filosofioihin, joilla sinällään on toki ollut suuri vaikutusvalta rikosoikeustieteessä.³⁶⁸

Nuotion ohella itselleni kotimaisessa keskustelussa jonkinlaista järjen ääntä edustaa Pekka Koskinen vuoden 1973 väitöskirja, jossa rangaistusteorioita käsiteltäessä huomioidaan nähdäkseni varsin tasapainoisesti niin *yleis-* ja *erityispreventio* kuin *sovitussajattelukin*. Tasapainoisuuden ohella itselleni tärkeää on rangaistusteoreettisen pohdinnan spekulatiivisen luonteen avoin myöntäminen sekä se, ettei Koskinen nimenomaisesti usko rangaistusteorioiden avulla kyttävän määrittämään muuta kuin melko karkeita suuntaviivoja rikosoikeuden kehittämiselle.³⁶⁹ Jo 1970-luvulla irrationaliseksi, metafysiseksi ja moderniin yhteiskuntaan soveltumattomaksi leimatun sovitussajattelun osalta Koskinen muistuttaa kansan yleisen oikeustajun yksinkertaisesti edellyttävän rikoksista lähtökohtaisesti seuraavan oikeasuhtainen rangaistus, eikä tällaisen tosiasian toteaminen ole mitään ”metafyysikkää” – ei,

³⁶⁵ Nuotio 2013 s. 262.

³⁶⁶ Nuotio 1998 s. 529 alav. 6, s. 542 alav. 5 sekä s. 546.

³⁶⁷ Nuotio 1998 s. 23, 30, 42–43 ja 52–53. Samantapaisesti myös esim. Boucht 2005 s. 123–131 toteaa kotimaisen rikosoikeusteoreettisen ja -ideologisen keskustelun jääneen kauas siitä elävyydestä, jota vaikkapa anglosaksiset maat ilmentävät. Muutamia hajanaisia (ja sen kummempaan keskusteluun johtamattomia) avauksia lukuun ottamatta uusklassinen yleispreventiota painottava ideologia nauttii Suomessa varsin vahvaa asemaa. Boucht itse etsii tietä parempaan (tai edes jonkinlaiseen diskurssiin) R. A. Duffin kommunikatiivisen rangaistusteorian kautta. Juuri kriminologian merkitystä rikosoikeudelle korostava Backman 1992 s. 440–441 nostaa yhtenä kotimaisen rikosoikeuden keskeisimpänä aukkokohtana esiin sen, kuinka rikosoikeudellisen järjestelmän toimivuuden perusteista (kuten yleis- ja erityisestävyydestä) sekä taustaideologioista on enemmän oletuksia kuin jäsentynyttä tutkimustietoa.

³⁶⁸ Nuotio 1998 s. 86–87.

³⁶⁹ Koskinen 1973 s. 289–312. Koskinen puhuu rikosoikeudelliselle kirjallisuudelle tyypillisestä rangaistusteorioita koskevasta ”spekulatiivisesta perinteestä”, jossa rangaistuksen tarkoitukseen kytkeytyvät pohdiskelut kuuluvat olennaisena osana etenkin rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviin esityksiin ilman, että niitä kuitenkaan useinkaan edes voitaisiin perustaa kovinkaan vankan ja järjestelmällisen empiirisen tutkimuksen tuottamiin tietoihin.

vaikka yleisen oikeustajunnan tutkiminen ja sen sisällön täsmällinen tiivistäminen toki on hyvinkin problemaattista. Koskisen mukaan sovitussajatuksesta puhumista tuskin onkaan syytä ujustella. Esimerkiksi *koston* ja *sovituksen* tarpeen myöntäminen rikoksen taustalla vaikuttavaksi yhteiskunnalliseksi realiteetiksi ei vielä merkitse kovinkaan suoranaisia valintoja sen suhteen, millaiseksi vaikkapa rangaistuksen sisältö lopulta muodostuu.³⁷⁰

Kotimaisessa rikosoikeudellisessa keskustelussa ei ole tältä osin tapahtunut olennaisia muutoksia 2000- ja edelleen 2010- ja 2020-luvuille tultaessa. Jokainen tuntuu ”tietävän”, että rikosoikeuden tavoitteena on rikollisuudesta yhteiskunnalle aiheuttavien haittojen vähentäminen (ja näiden vähennettyjen haittojen oikeudenmukainen jakaminen). Rikosoikeus on siis hyödyllistä ja tämä hyöty materialisoituu rationaalisen ja humanin pohjoismaisen rikosoikeuden kruununjalokivessä, *positiivisessa yleispreventiossa*. Pelkkä ajatuskin siitä, että ihmisiä laitettaisiin rangaistusten kautta ”sovitamaan” tekojaan, ilman että tästä olisi mitään aineellista hyötyä – tai että asian hyödyllisyyttä tarvitsisi edes miettiä –, edustaa jotain barbaarista ja epätieteellistä, jotain mennyttä, jotain mistä rationaali ja humaanitieteilijä haluaa pysyä kaukana. Tarkoituksellinen kärsimyksen aiheuttaminen ilman hyödyllisyyttä merkitsee kostamista, eikä kostolla ole sijaa sivistyneessä länsimaaisessa yhteiskunnassa – ei, vaikka kansan syvät rivit, mukaan lukien jotkut populistiset kansanedustuslaitoksenkin jäsenet, tällaista vaatisivat.³⁷¹

Edellä maalailtu kuva verenhimoista kansaa ja heidän edustajiaan toppuuttelevasta ja asiat paremmin tietävästä tieteilijästä istuu hyvin ajatukseen lainopista asiantuntijaeliitin ajatteluun perustuvana toimintana. Tässä törmätään kuitenkin muutama perustavanlaatuisen ongelmaan, jotka saavat kysymään, kuinka paljon paremmin tieteilijä lopulta asian tietää. *Ensinnäkään* yleisprevention (niin positiivisen kuin negatiivisenkaan) tehosta ei ole olemassa kovinkaan vakuuttavaa tieteellistä näyttöä³⁷². Rikosoikeudella on varmasti jonkinlaisia preventiivisiä

³⁷⁰ Koskinen 1973 s. 301–302 ja 308. Koskinen ansaitsee sovitussajattelua koskevan käsittelynsä jo tuolloisesta ”rohkeudesta” ja ”tutkijan otteesta” vastaväittäjältään eli Reino Ellilältä kiitoksen ohjeen ”*Suche die Wahrheit, frage nicht was es kostet*” noudattamisesta (Ellilä 1973 s. 532). Minulle tuottaa yhä tänäkin päivänä ylitsepääsemättömiä vaikeuksia ymmärtää, mikä muu voisi olla ”tutkijan ote”... Vrt. Tolvanen 2006 s. 567–568, jonka mielestä ajatus *kostosta* on länsimaissa kristinuskon myötä vaihtunut ajatukseen *sovituksesta* – ”rikoksen sovitettavuudesta”. Itse en ole lainkaan vakuuttunut siitä, että koston ja sovituksen erotelussa olisi kyse muusta kuin nykyisin ilmeisesti jotenkin kamalan ikäväksi mielletystä ”kosto”-termistä eroon pyristelystä tyhjäänpäiväisen sanoilla leikkimisen avulla. En niin ikään ole lainkaan vakuuttunut siitä, että kristinuskon olisi merkinnyt tähän liittyvää perustavanlaatuisia muutosta.

³⁷¹ Malliesimerkkinä ks. Pirjattaniemi 2005 s. 234, jossa sovitusteoriasta käsitellään yhdessä kappaleessa todeten lähinnä, ettei ”puhtaista sovitusteorioista” ole rangaistuksen oikeutukseksi, eikä niillä ylipäänsä ole nykyisin suurtakaan merkitystä, vaikkakin julkisessa keskustelussa (ja jopa eduskunnassa) tiettyjä sovitussajattelullisia painotuksia toki esiintyykin. Heti s. 236–237 tosin todetaan silti naiiviksi ajatus siitä, etteikö rangaistuksen tuomitsemiseen kuitenkin liittyisi myös koston ja sovituksen elementtejä... Ks. myös Hyttinen 2015 s. 348, joka rinnastaa retributivismin ”lynkkäusmielialaan”, mutta sitoo itse rikosoikeudellisen vastuullisuuden legitimitettiin kuitenkin ”ytimiään myöten” ihmisten jakamiin asenteisiin (nimenomaisesti s. 337–338, 349 ja 378–384) ja toteaa lopulta koko rikosoikeusjärjestelmän perusluonteeltaan retributivistiseksi! (s. 381–382)

³⁷² Esim. Lahti 1976 s. 532–535 toteaa alan asiantuntijoiden lienevän Suomessa jotakuinkin yksimielisiä rangaistuksen yleisestävän vaikutuksen keskeisyydestä päätöksentekoperusteena (alav. 90 viitteitä asiaa koskevaan pohjoismaalaiseen keskusteluun) suurempien mielipide-erojen koskiessa pikemminkin sitä, miten yleisestävyytavotte parhaiten tai riittävästi olisi saavutettavissa. Samassa yhteydessä Lahti tosin viittaa Johs. Andenæsin toteamukseen siitä, kuinka yleisestävää vaikutusta koskeva systemaattinen tutkimus vielä kulkee lapsen kengissä itse yleisestävyyttä koskevan tutkimustiedon jäädessä puutteelliseksi. Tältä pohjalta Lahti toteaa jäävän ”olennaisesti arvostuksen varaiseksi”, pitäydytäänkö kriminaalipoliitikassa ensisijaisesti vanhojen perinteiden ja arkijattelun muovaamiin uskomuksiin yleisestävyyteen liittyvän päätöksentekokriteerin merkityksestä ja tehokkuuteen vaikuttavista seikoista, vai katsotaanko tutkimustiedon puutteellisuuden korostavan muiden perusteiden merkitystä. Lisäksi Lahti huomauttaa vielä kriminologian näkemykseksi, että yleisestävyysteorialla on vain vähän tarjottavaa tuomioistuinten työn pohjaksi. Lahti 1987 s. 712 korostaa rikosoikeusjärjestelmän kannalta rinnasteisia tarkoituksenmukaisuuden, oikeudenmukaisuuden ja humanisuuden vaatimuksia todeten ensimmäisen *tavoiterationaaliseksi* ja kaksi jäljimmäistä *arvorationaaliseksi*. Lappi-Seppälä 1987 s. 199, 215–217, 220–223 ja myös 225 toteaa tiettyjä kriminaalipoliittisia ratkaisuja niiden seurannaisvaikutusten vuoksi hyväksyttäväksi esittävän preventioteorian argumenttiarvon riippuvaiseksi siitä, vastaako todellisuus teoriaan sisältyviä oletuksia ja lupauksia. Lappi-Seppälä toteaa nimenomaan yleisprevention empiirisen tutkimisen monella tapaa pulmalliseksi sekä tutkimustulokset tulkinannavaraisiksi. Silloisia empiirisiä tutkimuksia arvioituaan Lappi-Seppälä toteaa niiden jättävän runsaasti aukkoja viitaten Andenæsin (1977 s. 96) toteamukseen

vaikutuksia, mutta se, kuinka suuri tämä vaikutus rikosoikeuden eri osa-alueilla todellisuudessa on, on hyvin vaikea kysymys. *Toiseksi* rikosoikeus ei ole viimeisen vuosisadankaan aikana päässyt eroon absoluuttisesta sovitus- tai kostoajattelusta. Utilitaristiset rangaistusteoriot eivät yksinkertaisesti näyttäisi tulevan toimeen yksinään, vaan erilaiset absoluuttiset teemat nousevat alati kummittelemaan vähintäänkin rivien väleihin ja alaviitteisiin. *Kolmanneksi* katson aiheelliseksi vedota vielä omakohtaiseen kokemukseen:

Käräjänotaarina toimiessani sain muutama kertaan (lautamiesten kanssa) tuomita ihmisiä vankilaan. Jokainen tuomitsemistoimintaa harrastanut tietää, että sakon ja vankeuden – varojen ja vapauden – välillä on tässä kohdin vissi ero. Muistan hiljattain isäksi tulleen rattijuopottelijan, jonka tuomitsin (ehdonalaisten täytäntöönpanosta johtuen muistaakseni yhteensä noin kuudeksi kuukaudeksi) ehdottomaan vankeuteen. Uskoakseni joka ikiselle salissa istuneelle oli selvää, ettei vankilavierailusta ollut luvassa minkäänlaista konkreettista hyötyä – ei ainakaan sellaista, joka olisi ylittänyt sen paitsi syytetylle itselleen myös hänen vaimolleen ja lapselleen aiheutuneen mitä konkreettisimman haitan. Olisi ollut groteskia edes yrittää vakuutella miehelle, kuinka hänen sulkemisensa vankilaan koituu lopulta ”yhteiskunnalle – meille kaikille – hyödyksi” ja lähteä analysoimaan erilaisia vaikutusmekanismeja joiden kautta vaikkapa muut potentiaaliset rattijuopot nyt miehen kohtalon kuultuaan jättäisivät päihtyneenä ajamisen, tai peräti muodostaisivat itselleen moraalisen käsityksen siitä, kuinka tällaiseen toimintaan ei itse asiassa olekaan syytä ryhtyä. Mies oli yksinkertaisesti tehnyt väärin ja sai siitä rangaistuksen – ja tämän hän tiesi kyllä vallan hyvin itsekin ilman sen kummempia vakuutteluita saati tieteellisiä teorioita.

Edellinen yksittäistapauksellinen ja tyystin subjektiivinen esimerkki kertoo jotain, mitä vaikkapa ”rangaistusjoustoilla”, ”kustannus-hyötyanalyysillä” ynnä muilla vastaavilla operoivat tilastomatemattiset mallit eivät tavoita (eivätkä tällaiseen

siitä, kuinka yleinen elämäkokemus on edelleenkin yleisestäävyyden vahvin todistus. Lappi-Seppälä itse toteaa nimenomaan arkikokemuksen saavan meidät uskomaan preventioon, mutta tutkimusten osoittavan usein muuta kuin odotimme. Tässä kohdin Lappi-Seppälä nostaa esiin itse kunkin arvojen ja ”perusasennoitumisen” merkityksen – niin empiiristen tutkimustulosten tulkinnassa kuin etenkin niihin pohjautuvassa päätöksenteossa. Se, mikä yleispreventiosta on katsottu todistetuksi ja se, mitä pidetään itsestään selvänä todistamattakin, vaihtelee kunkin arvovalintojen mukaan. Lopulta Lappi-Seppälä tulkitsee esittelemänsä empiiriset näytöt nimenomaisesti itse korostamiensa oikeusvarmuuteen ja humanisuuteen liittyvien arvojen varassa. *Tästä näkökulmasta* yleisprevention toiminnasta yleensä saatavat tutkimustulokset puhuvat enemmän sen puolesta kuin sitä vastaan. Myöhemmin Lappi-Seppälä viittaa vielä ”rangaistuksen käytön yleiseksi justifikaatioksi ehkä kelpaavaan *terveen järjen mukaiseen oletukseen* preventiotehon ja sanktioankaruuden yhteydestä” (kurs. JR). Huom! tässä kohdin on syytä muistaa Lappi-Seppälän olevan rangaistuksen määräämiseen (tai tarkemmin mittaamiseen) keskittyvän väitöskirjansa kysymyksenasettelun puitteissa kiinnostunut ennen kaikkea ns. ”marginaalipreventiosta” eli sanktiotason vaikutuksesta rikollisuuteen. Vastaväittäjä Lahti 1987 s. 713 ja 715 huomauttaa Lappi-Seppälän käsittävän esim. abolitionismia ikään kuin sivumennen ja oudhokossa yhteydessä, mutta kiittelee tämän preventiota koskevien johtopäätösten ”arvotietoisuutta”. Sama puhe yleisprevention tehon mittaamisvaikeuksista jatkuu tekstissä Lappi-Seppälä 1994 s. 62–65, jossa Lappi-Seppälä toteaa, ettei erinäisistä metodisista vaikeuksista johtuen luotettavia mittauksia yleisestäävyyden toiminnasta ole juuri tarjolla. ”Pragmatistina” Lappi-Seppälän johtopäätös tästä onkin, että ”(p)arhaan *mahdollisen* tiedon puuttuessa, kriminaalipolitiikassa joudutaan tekemään päätöksiä parhaan *saatavilla* olevan tiedon perusteella”. Lopultahan empiirisen tietopohjan kartuttaminen ei edes kykenisi poistamaan rangaistusteoreettista perusongelmaa: erilaisten arvovalintojen runsautta! (s. 77) Lappi-Seppälän käytännöllisestä *asenteesta* ks. myös s. 30 alav. 11, jossa hän sanoutuu irti rangaistusteorioihin liittyvien ongelmien pelkistämisestä ”kriminologian huonoksi omaksitunnoksi”. Kaiken epävarmuudenkin keskellä Lappi-Seppälä haluaa yrittää konstruktivistien vaihtoehtojen muotoilua – ei ”jättää hommia kesken”, vaan kääriä hihat ja ”liata kädet” kriminaalipolitiikan sameissa vesissä. Ero vaikkapa jo aiemmin mainittuun Ari Hirvosen asenteeseen on melkoinen. Hirvoselle 1994 s. 86, 89–90, 101 ja 109 riittää kriittisyys ja kyseenalaistaminen. Minkäänlaisten käytännöllisten vaihtoehtomallien esittäminen ei ole tarpeen – tällainenhan saattaisi päinvastoin merkitä kriittisen potentiaalin heikkenemistä! Tuoreemmasta (joskin asiasisällöllisesti muuttumattomasta!) keskustelusta ks. esim. Melander 2008a s. 166–167, joka korostaa rikosoikeusjärjestelmän tarkoitusta koskevalla pohdinnalla olevan eittämättä yhteys moraalii- ja yhteiskuntafilosofisiin pohdintoihin, jotka harvemmin pohjautuvat empiiriseen tietoon – eivätkä sitä nimenomaan *moraalisina, eettisinä ja filosofisina* pohdintoina voisi jännöksettä tehdäkään!

tietysti pyrikään!)³⁷³. Ja tämänkaltaisilla kertomuksilla – tai *kokemuksilla*³⁷⁴ – on olennainen rooli rikosoikeuden kaltaisella alalla.

Yleispreventio tai edes utilitarismi (niin kuin mikään muukaan yksittäinen ajatusmalli) ei ole rikosoikeudellisen järjestelmän luomisen kannalta millään tapaa loogisesti välttämätön. Kiinnostava esimerkki tästä on Michael Pawlikin teoksessaan *Das Unrecht des Bürgers* (2012) kehittämä yleinen rikosoppi, joka sanoutuu avoimesti irti preventioteoreettisesta rikosoikeuden perustelemisesta.

Kriminaalipoliittisesti suuntautuneen lainopin perinteen tapaan myös Pawlik aloittaa yleisen rikosoppinsa rakentamisen nimenomaan rangaistusteoriasta painottaen rikoksen ja rangaistuksen erottamatonta yhteyttä, ja lopulta siis tarpeesta perustella tarkoituksellisen kärsimyksen aiheuttaminen³⁷⁵. Tavanomaisesta linjasta poiketen preventioteoria – ja aivan erityisesti sen niin sanottu positiivinen muoto – saa osakseen ankaraa, suorastaan vihamielistä arvostelua. Wolfgang Kerstingiä lainaten Pawlik nimittää preventioteoreetikkoja platonilaisiksi filosofihallitsijoiksi, joille suoranainen valehtelu on tilanteen vaatiessa sallittua ja jotka saarnaavat kansalle valistusajan sanomaa sellaisten tarinoiden muodossa, joihin eivät itsekään usko.³⁷⁶ Jonkinlaiseen turvallisuuteen tai oikeushyvien suojeluun liittyvien hyötyjen sijaan Pawlik haluaa kääntää huomion keskipisteeksi rikosoikeudellisen arvioinnin kohteena olevan henkilön – persoonan, *kansalaisen*. Kyse on Pawlikin mukaan terminologisten nyanssien sijaan perustavanlaatuisesta valinnasta. Inhimillisen yhteiselämän edellytysten luomista ja turvaamista tarkastellaan määrällisesti laskettavissa olevien ja arvoa omaavien objektien sijaan hakemalla vastausta henkilökohtaisen vapauden rajoittamisen ongelmaan.³⁷⁷ Hyötyjen ja oikeushyvien sijaan Pawlikin teoriassa keskeiseen rooliin nousevat *kansalainen* ja tämän *vapaus*³⁷⁸.

Pawlik sitoo oman rangaistusteoreettisen ajattelunsa niin sanottujen *absoluuttisten* teorioiden tapaan ”yksin rikokseen” (”allein das Verbrechen selbst”³⁷⁹). Perusajatus on Pawlikin mukaan mitä yksinkertaisin: rikos on jokaiselle kansalaiselle kuuluvan yhteiskunnassa elämiseen liittyvän *myötävaikutusvelvollisuuden loukkaus*³⁸⁰.

³⁷³ Ks. esim. *Arviomuistio rangaistusten oikeasuhtaisuudesta* (Oikeusministeriö 2018) erit. s. 32–37 (*Rangaistusjousto* viittaa prosenttilukuun, jossa määrin rikoskäyttäytymisen arvioidaan muuttuvan rangaistuksen ankaroituessa yhdellä prosentilla. Sanomattakin on selvää, että tutkimuskirjallisuudessa on esitetty tällaisen rangaistusjouston suuruudesta lukuisia arvioita, mikä ei kuitenkaan estä arviomuistiossa tukeutumasta yhteen ”luonteeltaan lähinnä suuntaa antavaan” oletukseen...)

³⁷⁴ Ks. Karhu 2019b, joka hahmottelee juuri *oikeudellisen kokemuksen* merkityksen tunnistavaa ja tunnustavaa oikeuslähdeoppia. Sitä, mitä tämä tarkalleen ottaen merkitsee, ei Karhun luonnosmaisesta tekstistä vielä ainakaan itselleni selviä. Toivon mukaan Karhu jatkaisi tätä koskevien ajatusten kehittelyä. Ehkä niiden osalta päädytään lähelle sitä, mistä esim. Solum 1988 s. 1740–1756 puhuu *juridisina hyveinä*, joita ei saavuteta niitä ainoastaan haluamalla, vaan käytännön kokemuksen kautta – tuomarin tapauksessa siis lakia käyttämällä. Erilaiset kokemukset tai vaikka tunteet eivät toki ole mitenkään täysin poikkeuksellisia rikosoikeudellisessa argumentaatiossa. Esim. Hyttinen 2015 s. 373–376 ratkaisee (tahdon) vapauden ja determinismin välisen ongelman *tunteellaan* vapaudesta.

³⁷⁵ Pawlik 2012 26–28 ja 58. ”Die Erhellung des Zusammenhanges zwischen Strafbegründung und Verbrechensbegriff obliegt der Allgemeinen Verbrechenslehre.” (s. 52)

³⁷⁶ Pawlik 2012 s. 66–82.

³⁷⁷ Pawlik 2012 erit. s. 140–142. Tässä kohdin on hyvä siis muistaa, että Pawlik lähtee rangaistusteoriassaan liikkeelle pohjimmitaan aivan samasta lähtökohdasta kuin (ainakin yleensä) preventioteoriatkin; rikosoikeus pyrkii turvaamaan yhteiskunnallista järjestystä – inhimillisen yhteiselämän edellytyksiä (s. 109–110). Juuri rikosoikeuden tarkoituksen varaan rakentamisen merkityksessä Pawlikin teoriaa voi hänen itsensäkin mukaan kutsua ”funktionalistiseksi” (s. 175). Tältä osin on olennaista huomata, että Pawlikille yhteiselämän edellytysten luominen tarkoittaa kuitenkin ennen kaikkea kansalaiselle taattua mahdollisuutta elää elämänsä omien näkemystensä varassa (esim. s. 174).

³⁷⁸ Legitiimi rikosoikeus on Pawlikille jo määritelmällisesti ”*Bürgerstrafrecht*” – muuta ei ole olemassa (Pawlik 2012 s. 110). Vapaus on oikeusjärjestyksen johtojatatus (s. 345). Kyky itsensä ohjaamiseen tahdonvapauden pohjalta on sosiaalinen institutio, joka sisältää immanentisti vastuullisuuden (s. 282).

³⁷⁹ Lainausta on Hugo Hälschneriltä, jonka Pawlik toteaa kehittäneen hyvin samansuuntaisia ajatuksia jo 1800-luvun loppupuolella (Pawlik 2012 s. 109–113).

³⁸⁰ ”Verbrechen als Mitwirkungspflichtverletzung” (Pawlik 2012 esim. s. 151). Pidemmin muotoiltuna kyse on siitä, että ”(d)en Täter trifft eine rechtliche Mitverantwortung für den Fortbestand des freiheitlichen Zustandes, in dem er lebt.” (s. 110 ja myös 116) Rikosoikeus esittää siis jokaiselle kansalaiselle vaatimuksen: *täytyä myötävaikuttamisen velvollisuuteksi!* (s. 255)

Rangaistus seuraa siitä, että tätä velvollisuutta on loukattu. Kaikki mitä teoksessa tämän ajatuksen esittelyn jälkeen seuraa on käytännössä enää sen täsmentämistä, mitä kyseinen ”myötävaikutusvelvollisuuden loukkaus” oikein tarkoittaa. Kirjan 2. osassa myötävaikutusvelvollisuus täsmentyy käskyksi *pidätyä vastuunvastaaisesta toiminnasta*³⁸¹, missä yhteydessä Pawlik pyrkii muotoilemaan käsityksensä siitä, millaisia vastuita eli käyttäytymisnormeja rikosoikeusjärjestelmä kansalaiselle osoittaa. Tämän jälkeen Pawlik käsittelee vielä kirjan 3. osassa syyksi lukemisen edellytyksiä eli sitä, milloin käyttäytymisnormin loukkaus voidaan lukea kansalaisen syyksi. Näiden yleisen rikosopin peruspilarien – käyttäytymisnormien ja niiden loukkaamisen syyksi lukemisen edellytysten – varassa Pawlik muodostaa yleisen rikosoppinsa, joka huipentuu rikoksen määritelmään *syyksi luettavissa olevana kansalaisen velvollisuuksia loukkaavana menettelynä*³⁸².

Pawlikin malli on paitsi teoreettinen ja vaikeaselkoinen myös yksinkertaisesti monella tapaa *vieras* yleispreventiivisen rikosoikeusajattelun piirissä kasvaneelle rikoslainoppineelle. Pelkän lähdeaineistonsa osalta se on eräänlainen aikamatka saksalaisen rikosoikeuden 1900-luvun jälkipuoliskon muotivirtauksia, eli ennen kaikkea funktionalismia ja finalismia, edeltäneeseen aikaan. Pawlikin tärkeimmät keskustelukumppanit löytyvät juurikin niistä mestarifilosofoista, joista Nuotio jo edellä puhui. Lähtökohtaisesti kaikki keskeisimmät ajatukset tuntuvat olevan peräisin Kantin ja von Listzin väliseltä ajanjaksolta.

En ole lainkaan vakuuttunut siitä, että Pawlik kykenisi rakentamaan teoriansa *rangaistusteoreettisesti* kestäväälle pohjalle. Pitäisin kyseenalaisena jo sitä, onko teorian lähtökohta rangaistusteoreettinen lainkaan! Huomiohan kääntyy heti preventioteorioiden hylkäämisen jälkeen *rikokseen*, mikä tietysti on tavallaan absoluuttisten rangaistusteorioiden ydinajatuskin. Se, mikä Pawlikin teoriassa on oman tutkimuksen kannalta olennaista, on juurikin sen tarjoama konkreettinen (ja monella tapaa paitsi kunnianhimoinen myös akateemisesti korkeatasoinen) esimerkki siitä, kuinka absoluuttisen lähtökohdan kautta näkökulma rikosoikeuteen kääntyy oikeushyvien muotoon puettujen yhteiskunnallisten hyötyjen sijaan yksittäisen kansalaisen vapauteen. Yksilönvapauden painottaminen ei estä sitä, että koko rikosoppi rakennetaan kuitenkin nimenomaan kansalaisiin yhteiskunnan taholta kohdistettujen velvoitteiden varaan³⁸³. Pawlikin teos on nähdäkseni havainnollisin moderni esimerkki siitä, ettei rikosoikeudellista ajattelua ole mikään pakko sitoa preventionäkökohtiin, ja tällaisen sidoksen hylkäämisen saattavan edelleen johtaa rikoksen rakenneopillisesti hyvin erilaisiin painotuksiin kuin mihin vaikkapa kotimaisessa preventioteorian leimaamassa keskustelussa on totuttu.³⁸⁴

³⁸¹ ”Unterlasse zuständigkeitswidriges Handeln!” (Pawlik 2012 erit. 255).

³⁸² ”Unrecht verwirklicht danach ein Bürger, der sich einen bestimmten Sachverhalt – sei es sein eigenes Verhalten oder das Handeln Dritter – als Verletzung seiner Mitwirkungspflicht gegenüber der Rechtsgemeinschaft zurechnen lassen muß.” Ja edellistä täsmällisemmin: ”Das strafrechtlich relevante Unrecht des Bürgers besteht in einem *zurechenbar-zuständigkeitswidrigen Verhalten*.” (Pawlik 2012 s. 280–281)

³⁸³ Kansalaisen vapaus ja vastuu kuuluvat yhteen. Ks. Pawlik 2012 s. 281–288.

³⁸⁴ Kotimaisena vastinparina Pawlikille vrt. etenkin Lappi-Seppälä 1994 s. 21 ja 29, jonka ajattelussa juuri rangaistusteoria muodostaa sen perustan, jolla koko rikosoikeudellinen järjestelmä periaatteineen ja yksityiskohtineen lepää. Rangaistusteoria kontrolloi, justifioi, systematisoi ja ratkaisee, sekä toteuttaa siinä ohessa vielä materiaalsen oikeudenmukaisuuden! Pawlikin suurin anti kotimaiselle utilitaristispainotteiselle yleispreventiivisiin lähtökohtiin tukeutuvalla ”*mainstream*”-rikosoikeudelle” on uskoakseni juuri sen osoittamisessa, kuinka kriminaalipoliittisesti orientoitumaton rikosteoria ei myöskään ole samalla tapaa sidottu rangaistusteorioihin. Edellisten välinen vuoropuhelu ei liene helppoa; utilitaristille hyötynäkökohdat kieltävä deontologinen ajattelu on *ex ante* keltoton – aivan samoin kuin utilitaristinen hyötyperustelu deontologiselle ajattelulle! (näin esim. Lappi-Seppälä 1994 s. 27 alav. 7)

Tässä kohdin on hyvä todeta, ettei Pawlik suinkaan ole ainut absoluuttisen rangaistusteorian merkitystä korostava moderni kirjoittaja. Esimerkiksi juuri saksalaisessa rikoslainopillisessa keskustelussa on viime aikoina tuotu yleisemminkin esiin absoluuttisten teorioiden merkitystä tämänkin päivän rikosoikeudelliselle ajattelulle³⁸⁵. Vallitsevana kantana lienee Saksassakin jonkinlainen absoluuttisia ja utilitaristisia teorioita yhdistelevä kombinaatio³⁸⁶. Saksalaisen keskustelun osalta havainnollisen esimerkin antaa mielestäni Thomas Weigendin esitys vuoden 2007 *Leipziger Kommentarissa*. Sinällään Weigend sitoo rikosoikeuden *tehtävän* tyystin oikeusyhteisölle tärkeiden intressien suojeluun. Käsitellessään myöhemmin erikseen rangaistusteorioita Weigend kuitenkin toteaa sekä absoluuttisten että relatiivisten teorioiden olevan ”puhtaissa” muodoissaan kestäättömiä, minkä johdosta rikosoikeudessa on päädytty yhdistelmään siten, että 2000-luvulla käytyä rangaistusteoreettista keskustelua on Weigendin mukaan leimannut absoluuttisten ja relatiivisten teorioiden vastakkainasettelun sijaan niiden lähentäminen ”kaksiraiteiseksi” rikosoikeuden perusteluksi.³⁸⁷

Weigendin esitys havainnollistaa saman rangaistusteoreettiseen keskusteluun sisältyvän ongelman, joka havaittiin edellä jo Pawlikin teorian yhteydessä. Kysyttäessä rikosoikeuden *tarkoitusta* tai *tehtävää* rajataan keskustelu jo lähtökohtaisesti ”funktionalistiseksi” ja siis yleensä preventioteoreettiseksi. Absoluuttiset teoriat ovat *absoluuttisia* juuri siksi, ettei rikosoikeudella niiden mukaan tavallaan ole tarkoitusta tai tehtävää – tai ainakaan rikosoikeutta ei teorioiden puitteissa lähdetä tällaisesta käsin jäsentämään. Ehkä rikosoikeuden legitimaatiota ymmärtääkseen olisi parasta kysyä rikosoikeuden *mieltä*, *oikeutusta* tai vaikka *rationaalisuutta*, jolloin ei ehkä tulisi lukinneeksi itseään jo valmiiksi tehtävisidonnaiseen ajatusmalliin.

Rikosoikeus ei tule toimeen pelkästään yhden olemassa olevan rangaistusteorian varassa, vaan tarvitsee kaiken mahdollisen apologian pysyäksään edes jossain määrin pystyssä. Keskustelua ei tule päästää kiertymään yksinomaan mukavien hyötyjen ynnä muun sellaisen piiriin, vaan on kyettävä puhumaan myös sovituksesta ja jopa kustosta. Ari Hirvonen on korostanut rikosoikeuden muodostavan *ratkeamattoman ongelman*, jonka legitimiisyys ei lepää vankalla (ja siis jo ratkaistulla) perustalla, vaan on pikemminkin avoin kysymys, johon on palattava yhä uudelleen ja uudelleen. Kyse on pysyvistä haasteista, joka koskee kaikkia rikosoikeudellisen ajattelun ja toiminnan tasoja ja osa-alueita aina rikosoikeusteoriasta lainoppiin, kriminaalipolitiikkaan ja oikeudenkäyttöön.³⁸⁸ Vaikka Hirvonen itse päätyy abolitionismin mukaiseen rikosoikeuden hylkäämiseen, on ajatus rikosoikeuden itsestäänselvyyden kiistämisestä omankin (ja siis rikosoikeuden lopulta hyväksyvän) tutkimuksen valossa mitä kannatettavin. Uskaltaisnpa väittää tämän olevan varsin selvää lopulta liki kaikille rikosoikeusteoreetikoille. Harva lähtee väittämään, etteikö rikosoikeuden legitimiisyyttä ja perusteluja olisi syytä kriittisesti pohtia ja koetella. Ongelmallista –

³⁸⁵ Esim. Winfried Hassemer ja Ulfrid Neumann ovat puhuneet yhä enemmän tunnustusta osakseen saamien absoluuttisten rangaistusteorioiden ”viisaudesta”, joka kiteytyy nimenomaan siihen, ettei rangaistusta (ja etenkin sen kulloistakin määrää) voi oikeuttaa viittaamatta jo tapahtuneeseen tekoon – *rikokseen* (Nomos Kommentar 2017 s. 130 ja 170). Esim. Pawlik 2012 s. 17 puhuu suoranaista retributiivisten teorioiden ”renessanssista”, jota koskevaa kehityskulkua ei tosin vielä ole tosissaan työstetty yleisen rikosopin tasolla. Ja juuri tätä puutetta Pawlik pyrkiikin *Das Unrecht des Bürgers* -teoksellaan paikkaamaan. Kotimaisen keskustelun osalta ks. esim. jo mainittu Tolvanen 2006 s. 576–579 ja pitkälti identtinen Tolvanen 2009 s. 365–367, joka puhuu ”sovitussajattelun uudesta tulemisesta” – joskin etenkin anglosaksisen ja R. A. Duffiin henkilöityvän keskustelun pohjalta.

³⁸⁶ Näin arvelee esim. Wolfgang Joecks (Münchener Kommentar 2011 s. 21–22).

³⁸⁷ ”Doppelspurigen Begründung des staatlichen Strafrechts” sekä ”doppelspurige Legitimation” (Leipziger Kommentar 2007 s. 2–8 ja 29–44).

³⁸⁸ Hirvonen 2006 s. 63–65, jossa hän pyrkii myös muotoilemaan rikosoikeudelle ”kelvollisen justifikaation ehdot”.

ja ennen kaikkea kummallista! – onkin se, että asia tuntuu kerta toisensa jälkeen kuitenkin painuvan unohduksiin.³⁸⁹

2.2.1.2 Miten suuntautua kriminaalipoliittisesti?

Vuonna 1974 julkaistussa väitöskirjassaan Raimo Lahti luonnehtii tutkimustaan ”*kontrollipoliittiseksi*”. Luonnehdinnan taustalla vaikutti Suomessa viime vuosina käyty oikeustieteen asemaa ja tehtäviä koskenut keskustelu, jossa Lahti katsoi tähdennehtyn oikeudellisesti säänneltyjen ilmiöiden tarkastelua niiden yhteiskunnallisissa yhteyksissä. Kyse oli ”*ongelmakeskeisestä*” tutkimustavasta, jossa erilaisia ilmiöitä lähestytään kokonaisvaltaisesti ja monitieteisiä kysymyksenasetteluja ja menetelmiä hyödyntäen – ei siis vain lainopilliseen tai edes oikeudelliseen näkökulmaan rajoittuen.³⁹⁰ Suomalaisessa metodikeskustelussa olikin Lahden mukaan tähdennehty pikemmin *ongelma-* kuin *oikeudenalakeskeistä* tutkimustapaa³⁹¹. Aivan samaan tapaan Lahti painottaa Turussa 28.4.1976 pitämässään virkaanastujaisesityksessään sitä erilaisten menetelmien moninaisuutta, jolla rikollisuutta olisi niin tutkimuksen kuin poliittisen päätöksenteonkin näkökulmasta lähestyttävä – ennen kaikkea tieteellistä tietoa hyödyntäen, mutta myös demokraattiseen yhteiskuntaan perustavanlaatuisesti liittyvää erimielisyyttä ja moniarvoisuutta kunnioittaen. Varsinainen lainoppi jää esityksessä sivurooliin Lahden viitatessa siihen lähinnä korostaessaan tarvetta teleologisen tulkintatavan huomiointiin rikosoikeudellisten tulkintaoppien saralla. Tältäkin osin ajatuksena on säännösten hahmottaminen osana oikeudenalansa ja yhteiskuntapolitiikan lohkonsa

³⁸⁹ Esim. Husak 2016 s. 47 arvelee enemmistön rikosoikeusteoreetikoista suorastaan hyväksyvän deontologisen näkökulman, mutta muiden tieteenalojen, kuten kriminologian ja ekonomin tutkijoiden – sekä ”filosofisesti kouluttamattomien oikeustieteen professoreiden” – tuntevan vetoa nimenomaan seurausetiikkaan. Itse Husak toteaa rikosoikeuden alueeksi, jossa ehkäpä selvimminkin käy esiin se, kuinka henkilöitä tulisi pidättää käyttämästä pelkkien utilitarististen tavoitteiden saavuttamisen välineinä. Husakin väitteet ehkä loukkaaviksi kokevan (ja vielä varmemmin retribuutiosta keskustelemaan tottumattoman) kotimaisen lukijan kannattaa katsoa myös Husak 2012 s. 450–454 tiiviinä silmäyksenä (ja ennen kaikkea lähdeluettelona) anglosaksiseen keskusteluun, joka Suomessa on jäänyt varsin tuntemattomaksi. Esim. Pawlik 2012 s. 51 huomauttaa suomensakin melkoista arvostusta nauttivan Claus Roxinin julistavan ensin oman rangaistusteorian yksinomaan preventiivisen tavoitteen varaan perustuvaksi, mutta myöntävän heti muutaman sivun kuluttua, ettei pelkkä preventiivinen tavoite voi legitimoida rangaistusta (Ks. Roxin 2006 s. 85–96). Vrt. esim. Nousiainen 2018 s. 126, jolle rangaistusjärjestelmässä ei ole juuri järkeä, jos ei usko rangaistusten yleisestävyyteen. Nousiainen johtopäätös tästä oli jättää tuomioistuinharjoittelu väliin – tuntui näet vaikealta panna täytäntöön sellaista rikosoikeusjärjestelmää, johon ei oikein uskonut.

³⁹⁰ Lahti 1974 s. 7 ja 14–15. Esimerkiksi *rikosoikeustieteen* tutkimuskohteeksi Lahti määritteli oikeudellisesti säännellyt yhteiskunnalliset ilmiöt ja *kriminaalitieteeksi* puolestaan rikollisuuteen liittyvän ilmiön tutkimisen mahdollisimman monipuolisesti minkä tahansa rikosta koskevan tieteen avulla. Ks. myös Lahti 1976 s. 507–510. Juuri 1970-luvulle ajoittuu myös kotimaisen oikeustieteen opintojen uudistus, jossa esim. Kangas 1998 s. 113 toteaa olennaiseksi niin teoreettisten kuin metodologistenkin valmiuksien lisäämisen. Aarnio–Tolonen 1998 s. 174–175 luonnehtivat 1970-lukua oikeudellisen radikalismien ajaksi, jolloin toisen maailmansodan jälkeen vallalla ollut analyyttinen oikeustiede joutui syytetyksi oikeuden eristämistä yhteiskunnasta. Vaikka radikalismien puitteissa esitetty kritiikki ei kyennytkään kokoamaan itseään suureksi synteiksi, voidaan ns. vaihtoehtoisen lainopin ja myös ns. sosiaalisen oikeustieteen katsoa syntyneen kritiikin seurauksena. Ks. myös vaikkapa Jyränki 1969 erit. s. 887–891, jossa pyritään avoimesti murtamaan juridiikan tutkimuksen vallitsevaa yhteiskuntatieteistä eristätynyttä alennustilaa ja tehdä siitä siis oikeustiedettä, jolla Jyränki näyttäisi ymmärtävän politiikan tutkimusta. Ks. vielä Juha Tolonen 1976 erit. s. 593–605, jossa pyritään problematisoimaan turhan yksioikoinen oikeustieteen erottelu muista ns. *empiirisistä* yhteiskuntatieteistä ajatuksena, että empiirisen tiedon asema voi näiden välillä olla täysin analoginen. Esim. Sutela 2016 s. 59 liittii juuri kyseisiin Jyrängin ja Tolosen teksteihin empiiristen menetelmien käyttömahdollisuuksia koskevan keskustelun alun suomalaisessa oikeustieteessä. Kotimaisen rikosoikeuden osalta on tosin syytä nostaa esiin ne jo 1960-luvulla tapahtuneet olennaiset muutokset, joista esim. Backman 1992 s. 333–338 puhuu; Brynolf Honkasalo ja Bruno Salmiala olivat juuri eläköityneet maan kiistatta johtavien rikoslainoppien asemista (Honkasalo vuonna 1958 ja Salmiala 1959). Turun tiedekunta aloitti toimintansa vuonna 1961 ja oikeusministeriöön perustettiin uusi kriminologinen tutkimuslaitos vuonna 1963. Ks. edelleen Backman 1992 s. 357–359, jossa Lahden väitöskirjaa luonnehditaan yhdeksi harvoista kotimaaisista empiirissosiologisten ja rikoslainopillisten lähestymistapojen integroimisyrityksistä sekä hahmotellaan Lahden tiedekonseption (mukaan lukien mm. ”die gesamte Strafrechtswissenschaft” -idean) suoraa tieteellistä jatkuvuutta Inkeri Anttilan tutkimuksesta. Lahti itse yhdistää ”kriminaalipoliittisen suuntautumisen” itsensä ohella ennen kaikkea Inkeri Anttilan, Olavi Heinosen, Patrik Törnuddin sekä Pekka Koskisen työhön nostaen esille Anttilan, Heinosen, Koskisen ja Lahden yhteistyössä laatiman vuoden 1974 perusoppikirjan *Rikollisuus ongelmana*, jossa juuri kriminaalipoliittinen tarkastelukulma oli nostettu kauttaaltaan etualalle. 1900-luvun loppupuolelta alkaen kriminaalipoliittinen suuntaus on Lahden mukaan saanut kotimaaisessa rikosoikeustieteessä siinä määrin laajaa kannatusta, että hän pitää perusteltuna kysyä, eikö siitä tullut suoranaisten valtavirtaus.

(Lahti 2013a s. 54, 60 ja 67)

³⁹¹ Lahti 1974 s. 85.

muodostamaa kokonaisuutta ja sille ominaisten kriminaalipolitiikan tavoitteiden huomioimista.³⁹²

Ari-Matti Nuutila kertoo oman väitöskirjatutkimuksensa menetelmäksi ”*objektiivisen teleologian* sekä *ongelmakeskeisen tutkimustavan*”, mihin hän toteaa päätyneensä jo siitä syystä, että hänen käsittelemiään rikosoikeudelliseen tuottamukseen liittyviä kysymyksiä olisi ollut erittäin vaikea käsitellä ”systematiikasta päätelemisen” varassa. Kyse on Nuutilan mukaan yleisestikin kriminaalipoliittisesti suuntautuneen rikoslainopin laintulkintamenetelmästä, jossa rikosoikeuden yleisten oppien filosofisia ja systemaattis-teoreettisia yhteyksiä ei sinällään kielletä, mutta niistä ei myöskään tehdä entisessä laajuudessa suoria rikoslainopillisia sovellutuksia. Lopulta kyse on ”perinteisen systeemiajattelun” täydentämisestä, ei korvaamisesta. Olennaista on se, että systematiikka mukautetaan rikosoikeuden yleiseen ideologiaan ja rikoslainoppiin – ei päinvastoin. Yleisten oppien on oltava paitsi rakenteellisesti ja systemaattisesti johdonmukaisia myös kriminaalipoliittisesti ja oikeudenmukaisuusperiaatteiden valossa perusteltuja. Jälkimmäisissä on kyse yleisten oppien muualta saamista systeemi-impulsseista, perus- ja ihmisoikeusajattelusta, kriminalisointiperiaatteista, yleisprevention tavoitteesta ja oikeudenmukaisuuteen liittyvistä arvoperiaatteista. Teleologista ja ongelmaakeskeistä tutkimusotettaan Nuutila täsmentää vielä ”juridisen hermeneutiikan perusteilla”, mistä lopputuloksena on Nuutilan itsensä mukaan ”toimintaympäristökohtainen tyyppitapausajattelu ja sen mukainen tulkintajuridiikka”. Erilaisia rikoslainopillisia kysymyksiä jäsennetään siis tyyppillisten soveltamistilanteiden varassa siten, että suoraviivaisten tulkintasuosittelujen sijaan tyydytään rationaaliselle lainsoveltajalle asetettaviin vaatimuksiin.³⁹³

Nuutilan tutkimukseensa omaksumat metodiset lähtökohdat ovat paitsi kunnianhimoisia myös varsin vaikeaselkoisia. Käsitelen niitä tarkemmin ja kokonaisvaltaisemmin kappaleessa 3.2.1. Tässä vaiheessa voidaan nimenomaan kriminaalipoliittisen suuntautuneisuuden osalta todeta Nuutilan kyseenalaistavan ennen kaikkea Jareborgin nimiin laittamansa ajatuksen rikosoikeuden eri tasojen erilaisesta roolituksesta – erilaisista ”institutionaalisista syistä”. Nuutilan mukaan kriminalisointeja ja lainkäyttöä ei ole syytä erottaa siten, että esimerkiksi ensimmäinen perustuisi yleisprevention ja jälkimmäinen jonkinlaiseen sovittukseen. Sen sijaan lainkäyttö tulisi nähdä ”*lakiin kirjatun sääntelyn puitteiden konkretisointina*”,³⁹⁴ joka suorastaan edellyttää systematisoinnilla ja tulkinnalla teleologis-kriminaalipoliittisuutta. Lainopissa – harjoittipa sitä tuomari tai tutkija – voidaan Nuutilan mukaan argumentoida samalla tavoin kriminaalipoliittisesti kuin lainsäätäjän argumentoi. Ainoana erona on oikeastaan se, että kriminaalipolitiikkaa harjoitetaan *rikoslainsäädännön tarjoamissa puitteissa*. Konkreettisesti tämä tarkoittaa *ratio legis* -argumentaatiota eli teleologista tulkintaa.³⁹⁵

³⁹² Lahti 1976 erit. s. 515 ja 536–537.

³⁹³ Nuutila 1996 s. 26–27 ja 113. Kotimaisen kriminaalipoliittisesti suuntautuneen rikoslainopin osalta Nuutila viittaa nimenomaan Lahden edellä mainittuun väitöskirjaan ja virkaanastujaisesityksensä. Lectorissaan Nuutila tosin katsoo omaa lähestymistapaansa edustavan Suomessa selkeimmin Lappi-Seppälän väitöskirja (Nuutila 1997a s. 69–70). Esim. Jaatinen 2000 s. 17 viittaa ”objektiivisella teleologialla” yksinkertaisesti sen selvittämiseen, mikä olisi laintulkitsijan käsityksen mukaan järkevä lain tarkoitus aktuaalisissa soveltamistilanteissa. Jaatisen metodologiset lähtökohdat noudattelevat sinällään hyvin pitkälti Nuutilan teesinjulistusta, vaikkakin mutkia vedetään toki kommentaarille tyyppilliseen tapaan suoraksi siitä esikuvasta, jonka Nuutilan väitöskirja tarjoaa (ks. s. 5–17).

³⁹⁴ Nuutila 1996 s. 120–121 viittaa tältä osin Claus Roxinin vertaukseen rikoslainopista maalaamassa yksityiskohdat siihen kuvaan voimassa olevasta oikeudesta, jonka lainsäätäjät voi vain pääpiirteissään hahmotella. Nuutila yhdistääkin ns. funktionalistisen rikoslainopin ennen kaikkea Roxinin vuonna 1970 julkaisemaan teokseen *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, jossa toteaa tämän pyrkineen palauttamaan kriminaalipolitiikan ja rikoslainopin välisen yhteyden (s. 192).

³⁹⁵ Nuutila 1996 s. 116–125.

Niin Lahden kuin Nuutilankin kriminaali- tai kontrollipoliittisessa ja ongelmakeskeisessä ajattelussa olennaiseen rooliin nousee ”perinteisen” rikosoikeuden sisäiseen systematiikkaan rajoittuvan ajattelun laajentaminen. Lainopin kannalta ei riitä, että voimassa olevaa oikeutta koskevat kannanotot ovat rikosoikeuden sisäisen systematiikan kannalta koherentteja ja johdonmukaisia, vaan tämän ohella on kiinnitettävä huomiota myös siihen, miten kannanotot kykenevät laajemmasta näkökulmasta vastaamaan yhteiskunnallisiin ongelmiin. Pelkkä *muodollinen* (rikos)oikeudenmukaisuus ei riitä, vaan huomiota on kiinnitettävä myös oikeudenmukaisuuden *sisällölliseen* puoleen. Tätä sisältöä on tietysti mahdollista etsiä monesta eri paikasta. Lahden kirjoittamissa 1970-luvun teksteissä korostuu ennen kaikkea tieteidenvälisyys, ehkä ennen kaikkea kriminologisen empiirisen tiedon hyödyntäminen. Nuutila korostaa sen sijaan nimenomaan lainopillisten sovellutusten sisällöllistä perusteltavuutta. Tieteiden ja oikeudenalojen välisyyden lisäksi mukaan tulee paljon periaateluontoista, mutta sinällään oikeudellista materiaalia; perus- ja ihmisoikeusajattelua, kriminalisointiperiaatteita ja ylipäänsä oikeudenmukaisuusperiaatteita. Teleologian ja ongelmakeskeisyyden lisäksi Nuutila painottaa tyyppitapausajattelua³⁹⁶, jonka kautta lainopilliset kannanotot kytketään tarkemmin kulloiseenkin kontekstiinsa.

Erityisesti Nuutilan väitöskirjalla (ja muillakin hänen 1990-luvun puolivälissä julkaisemilla teksteillään) näyttää olleen valtava merkitys suomalaiselle – tai ainakin turkulaiselle³⁹⁷ – rikosoikeustieteelle. Ennen kaikkea Nuutilan vetämän *Rikosoikeus 2001* -projektin puitteissa syntyneitä tutkimuksia näyttäisi yhdistävän ennen kaikkea juuri voimakas kriminaalipoliittinen painotus – malliesimerkkeinä seuraavaksi käsiteltävät Matti Tolvasen ja Jussi Tapanin väitöskirjat, joissa molemmissa kriminaalipoliittikan ja rikosoikeuden suhteen arviointiin käytetään sivumäärällisesti noin puolet³⁹⁸.

³⁹⁶ Kotimaiselle lainopilliselle tutkimukselle tuolloin vielä uudesta tyyppitapausajattelusta ks. Nuutila 1996 s. 160–172. Nuutila pyrkii kytkeään oikeusharkinnan ja tosiasiaharkinnan toisiinsa *tyypin* käsitteellä, joka siis toimii tulkintaprosessissa yleistä ja yksittäistä, abstraktia ja konkreettista, arvoja ja todellisuutta sekä normeja ja tosiseikastoa välittävänä tekijänä. Se lähentää normeja ja tosiseikastoja. (s. 12, 160 ja 165). Tässä on Nuutilan mukaan myös teleologisen laintulkinnan ydin. Teleologisuus tarkoittaa Nuutilalle abstraktis-määritelmällisten käsitteiden taustalla olevien tyyppien työstämistä. (s. 165–166) Nuutilalle tyyppitapausajattelussa on kyse deduktion ja induktion yhdistävästä analogiasta, jossa 1) *induktion* tapaan muotoillaan yksittäistapaukset ylittävään yleistettävyyteen pyrkien vaikkapa liikenteen vaarantamisen tyyppitapaus, minkä jälkeen 2) tyyppitapausta ”sovelletaan” *deduktiivisesti* konkreettiseen tapaukseen. Tyyppitapausten ja konkreettisen tapauksen vertaamisen osalta edelleen 1) *paikallistetaan yhtäläisyyksiä ja eroavaisuuksia* ja sen jälkeen 2) punnitaan tältä pohjalta voidaanko tapauksia pitää *relevanteissa suhteissa samanlaisina*. Erojen ja yhtäläisyyksien vertailu tulisi Nuutilan mukaan tehdä tuomarin subjektiivisten lähtökohtien sijaan oikeuskulttuurin tarjoamista arvostuksista ja teleologisen laintulkinnan lähtökohdista käsin. (s. 167–168. Ks. lisäksi erit. s. 169 normien ja tosiseikaston lähentymistä tyyppitapausajattelussa kuvaava kaava) Kotimaisesta tyyppitapausajattelusta ks. myös esim. Tapani 2003 s. 131 ja Ohisalo 2004 s. 27–30, joka tiivistää tyyppitapausajattelun malliksi *yhtäältä* tietyn normin ydinalueelle kuuluvan tyyppillisen soveltamistilanteen ajattelun ja *toisaalta* tosiasiamailman kuvauksen abstrahoinnin tyyppillisen tapauksen ohjaamana. Tätä kautta käsillä olevaa tapausta vertaillaan analogian avulla tyyppilliseen tapaukseen relevanteiksi valittujen piirteiden valossa. Ohisalon esitys perustuu ennen kaikkea Nuutilan, mutta myös Per Olof Ekelöfin ajatteluun. Nuutilan väitöskirjan osalta voi sen sijaan pitää hieman erikoisena, ettei Ekelöfin (”radikaali”)teleologiaan viitata tyyppitapausajattelua käsitellessä lainkaan. Esim. Tapani 2003 s. 127 toteaa teleologisen tulkinnan erittelyn käytännössä edellyttävän Ekelöfin mallin käsittelyä.

³⁹⁷ Esim. Mähönen 2005 s. 99 puhuu ”turkulaisesta pragmatismista” eli siitä, kuinka Turussa on hänen mukaansa ollut tapana ajatella, että oikeudellisen ratkaisutoiminnan keskiössä ovat ratkaisujen yhteiskunnalliset vaikutukset. Mähönen (Hannu Toloselta omaksuman) näkemyksen mukaan perustan tälle loi Turun yliopiston ensimmäisenä yleisen oikeustieteen professorina toiminut Otto Brusiin ennen kaikkea vuoden 1938 väitöskirjansa perusteella, joka on vaikuttanut usean turkulaisen oikeustutkijan ajatteluun. Ks. myös Mähönen 2004 s. 55–56 ja 64, jossa Mähönen asettuu oikeuslähdeopin osalta itsekin *pragmatismiin*, instrumentaalisen ajattelutavan ja kokonaisvaltaisen harkinnan kannattajaksi. Kyse on siitä, ettei päätöksentekoa tulisi sitoa pyrkimykseen oikeusjärjestyksen konsistenssiin, vaan oikeudellinen päätös voi – ja sen myös tulee – olla ristiriidassa aiempiin päätöksiin, mikäli tavoitteeseen pääsy sitä edellyttää. Pyrkimyksenä tulisi olla ”paras lopputulos nykyisyyttä ja tulevaisuutta silmälläpitäen”.

³⁹⁸ Otsikkotasolla Tolvanen 1999 käyttää s. 18–153 liikenneturvallisuuden ja kriminaalipoliittikan sekä s. 154–251 teliikennetrikosoikeuden ja kriminaalipoliittikan pohtimiseen. Tapani 2004 käsittelee puolestaan s. 17–66 talousrikoksia ja kriminaalipoliittikkaa sekä s. 67–102 rikoslainopin kriminaalipoliittisuutta. Aivan vastaavat teemat näyttelevät keskeistä roolia jo Tolvasen liseniaattityöhönsä perustuvassa teoksessa *Huolellisuudesta teliikenteessä* (1996), jonka Tolvanen toteaa sinällään

Tolvanen puhuu vuoden 1999 väitöskirjassaan Nuutilan muotoilemasta ”rikoslainopin uudesta tehtävnmäärittelystä” liittyen juuri ongelmakeskeiseen ajattelutapaan. Kyse on pelkän systematisoinnin ja tulkinnan lisäksi lainopillisten *ongelmien uudelleen muotoilusta*, uudenlaisten *systemaattisten yhteyksien osoittamisesta* sekä ongelmien ratkaisun kannalta relevanttien *näkökohtien kartoittamisesta*.³⁹⁹ Tolvanen keskittyykin omassa tutkimuksessaan juuri yleisten oppien ja kriminaali- sekä liikennepoliittikan kannalta mielenkiintoisiin eri liikennetikosten tunnusmerkistöjen soveltamisen tyyppitapauksiin. Pääasiallisiksi tutkimuksensa tavoitteiksi Tolvanen kertoo yhtäältä normatiivisen näkökulman välittämisen käyttäytymistieteilijöille ja teknisten tieteiden edustajille sekä toisaalta empiiriseen tutkimukseen perustuvan argumentaatiopohjan luomisen lainsäätäjälle ja -käyttäjälle. Samalla hän pyrkii kehittämään *kriminaalipoliittisen perustelumallin* lainkäyttöön. Kyse on tieteidenalojen välisestä diskurssista, jossa Tolvasen väitöskirja pyrkii siis toimimaan eräänlaisena välittäjänä.⁴⁰⁰ Tolvanen toteaa kriminaalipoliittisesti argumentoivan lainopin ja lainkäytön parhaaksi lääkkeeksi lainsoveltamisen kaavoittumista vastaan sekä tapauskohtaisen punninnan turvaamiseksi.⁴⁰¹

Tapani toteaa vuoden 2004 väitöskirjansa metodiseksi perustaksi ”kriminaalipoliittisesti latautuneen rikoslainopin” ja puhuu suoranaisesta kriminaalipoliittisuuden ”hyökyaallost” rikosoikeuden saralla. Tämän hyökyaalloon alkupisteen Tapani näkee saksalaisessa rikosoikeustieteessä ja ennen kaikkea Roxinin vuoden 1970 artikkelissa *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*.⁴⁰² Tutkimuksessaan Tapani pyrkii määrittämään ne normatiiviset kriteerit, joiden nojalla yritysten välisessä liiketoiminnassa on rajattavissa sallitun ja kielletyn välinen raja RL 36:1:n petossäännöksen kannalta. Kyseistä sallitun ja kielletyn välistä rajanvetoa Tapani lähestyy petosrikosten soveltamistilanteiden valossa – tyyppitapaussajattelun kautta. Keskeistä tällaiselle ajattelumallille on Tapanin mukaan se, ettei systematiikan anneta kahlita oikeudellista ratkaisu- ja tulkintatoimintaa, vaan sitä ”avataan” kriminaalipoliittisten arvo- ja tavoitepäämäärien suuntaan.⁴⁰³ Tämä ”kriminaalipoliittinen avautuminen” näkyy teoreettisessa rikoslainopissa siten, että kriminaalipoliittiset arvopäämäärät suodatetaan rikosoikeuden yleisiin periaatteisiin, peruskäsitteisiin ja jossain määrin myös systematiikkaan. Käytännöllisempien tulkintasuositusten tasolla rikostunnusmerkistöjä tulee tulkita niin säännösten suojeluobjektit kuin eri tulkintavaihtoehtojen arvioidut vaikutuksetkin huomioiden. Poliittinen ja tavoiterationaalinen, eli rikoslainsäädännön kannalta instrumentaalinen, näkökulma kulkeutuukin Tapanin mukaan oikeustieteen metodologiseen perustaan

kyllä rikoslainopilliseksi tutkimukseksi huomauttaen kuitenkin teemaa lähestyttävän myös kriminaalipoliittisesta ja kriminologisesta näkökulmasta ja tavoitteena olevan myös empiirisen tiedon esittäminen (Tolvanen 1996 s. III, 6–7 ja 21–22). Muita Rikosoikeus 2001 -projektin piirissä syntyneitä ja tässäkin tutkimuksessa käsiteltyjä tutkimuksia ovat: Jaatinen 2000 (s. vi) ja Pirjatanniemi 2005 (s. 3–4).

³⁹⁹ Tolvanen 1999 s. 251, jossa siis viitataan Nuutilan ongelmakeskeisen ”tooppisen” ajattelun yhteydessä täsmentämiin rikoslainopin tehtäviin (Nuutila 1996 s. 129). Tolvasenkaan tutkimuksen tarkoituksena ei lopulta ole selkeiden tulkintasuositusten antaminen, vaan ainoastaan käyttökelpoisten ratkaisuvaihtoehtojen ja punnintamallien kehittäminen (s. 248).

⁴⁰⁰ Tolvanen 1999 s. 4–5, 14–15 ja 451. Olennaista on se, ettei kriminaalipoliittikkaa ja lainoppia tarvitse Tolvasen mukaan nähdä toisilleen vastakkaisina, vaan kriminaalipoliittinen argumentaatio on kytkettävissä osaksi laintulkintaoppia. Tämä tapahtuu teleologisen tulkinta-asenteen kautta (s. 158 ja 233–251). Tolvanen sälyttää lainopin harjoittajan vaativaksi tehtäväksi empiirisen tutkimustiedon yhdistämisen normatiiviseen rikosoikeuden järjestelmään (s. 156–157).

⁴⁰¹ Tolvanen 1999 s. 441. Kyse on funktionalistisesta rikosoikeusajattelusta, jonka pyrkimyksenä Tolvanen kiteyttää ”luoda elävää elämää lähellä oleva, kunkin tapauksen yksityiskohdat huomioon ottava, avoimelle argumentaatiolle perustuva ja joustava järjestelmä” (s. 163–164).

⁴⁰² Tapani 2004 s. 71 ja 73. Ks. myös Tapani 2003 s. 124–126. Tältä osin olennainen on myös Roxinin teos *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1973) – luullakseni Tapani viittaa esityksessään ehkä pikemminkin juuri tähän.

⁴⁰³ Tapani 2004 s. 3–4, 9 ja 229.

teleologisen laintulkintametodin välityksellä.⁴⁰⁴ Tapani painottaakin nähdäkseni eräänlaista systematiikan ja teleologian synteisiä ja vuorovaikutussuhdetta; teleologia edellyttää Tapanin mukaan vankkaa systematiikkaa, jonka puitteissa lainkäyttäjät voi tulkintakannanottoja tehdessään harjoittaa kontrolloitua kriminaalipoliittista argumentaatiota⁴⁰⁵.

Nimenomaan niin sanotusta *teleologisesta laintulkinnasta* on puhuttu paljon etenkin 2000-luvun taitteessa Suomessa muodissa olleen talousrikosoikeuteen kohdistuneen tutkimuksen piirissä (, jota siis Tapaninkin väitöskirja edustaa). Perusajatuksena on tältä osin se, että modernin talouselämän yhä monimutkaisemmat asetelmat edellyttävät paitsi kokonaisvaltaista näkemystä myös siinä määrin yleisluontoista rikosoikeudellista sääntelyä, ettei säännösten tulkinta ilman niiden taustalla olevaa kriminaalipoliittista tarkoitusta ole ylipäänsä oikein mahdollistakaan.⁴⁰⁶ Sinällään rikosoikeuden mieltäminen ylipäänsäkin tavoitteelliseksi ja jonkinlaista yhteiskunnallista lisäarvoa tuottavaksi instrumentiksi on omiaan korostamaan myös rikosoikeudellisen tulkinnan teleologisuutta, vaikkei tämän ohella korostettaisikaan tietyn sääntely-ympäristön, kuten vaikka talouden, monimutkaisuutta. Esimerkiksi Sakari Melander puhuu rikosoikeuden ”välttämättömästä teleologisuudesta”, joka seuraa tavoitteesta suojella rikosoikeuden kautta oikeushyviä⁴⁰⁷. Hieman samantapaisesti myös Tapani, Tolvanen ja Hyttinen puhuvat ”lainsäätäjän tahdoksi” ymmärretyin teleologian roolista eräänlaisena muihinkin rikoslaintulkintamodeihin

⁴⁰⁴ Tapani 2004 s. 69 ja 72. Teleologisesta laintulkintametodista ks. myös s. 75–80, jossa Tapani pyrkii sijoittamaan Per Olof Ekelöfin teleologisen mallin tietyt (Tapanin mielestä oikeustieteelle edelleen käyttökelpoiset) ajatukset nykyiseen rikosoikeustieteelliseen keskusteluun. Ks. samoin Tapani 2003 s. 121.

⁴⁰⁵ Tapani 2004 s. 85–86. Tapanin väitöskirja onkin mahdollista nähdä myös nimenomaan systemaattis-dogmaattisen suuntauksen edustajana. Esimerkiksi vastaväittäjä Raimo Lahti toteaa teoksen edustavan ”vahvasti systeemiajattelua” verrattuna ns. ongelmahakuiseen rikosoikeusajatteluun (Lahti 2004 s. 933). Luen Tapanin itse tästä huolimatta edellä mainitun perustein kriminaalipoliittisen ja myös ongelmahakuisen suuntauksen edustajaksi. Aivan samoin kuin luin jo edellä myös Raimo Lahden, joka itsekin toteaa omien metodisten lähtökohtensa vastaavan pitkälti Tapanin väitöskirjassaan edustamaa ajattelua (s. 931 ja 934). Sinällään on selvää, että itse kunkin tutkimuksia ja niissä omaksumia metodisia valintoja voi tulkita eri tavoin – olen oman tulkintani perustellut ja sen ohella myöntänyt Tapanin edustavan ilman muuta myös systematiikkaa painottavaa kriminaalipoliittisesti latautuneen lainopin suuntausta. Tapanin ohella toisena systemaattista ja teleologista tulkintaa yhteensovittamaan pyrkineenä kotimaisena kirjoittajana ks. esim. Kukkonen 2016 erit. s. 84 ja 93.

⁴⁰⁶ Ks. esim. Hakamies 2012 s. 20–21, 25–26 ja 30, joka yhdistää teleologista laintulkintaa koskeneen kahden viimevuosikymmenen viikkaan kotimaisen keskustelun rikosoikeudellisten normien aiempaa yleisluonteisempaan kirjoitusmuotoon sekä rikosoikeuden modernisaatioon liittyneeseen ajatukseen käyttää rikosoikeutta yhteiskunnallisten tavoitteiden ja päämäärien edistämiseen. Talousrikossäännökset muodostavat vain yhden osan talouselämän sääntelyä, jossa tavoiterationaalisuus, yhteiskunnallisten intressien suojaamisen tarve sekä avoimien rangaistussäännösten mahdollistama dynamiikka luovat väistämättä tarvetta teleologiselle laintulkinnalle. Sahavirran 2008 s. 97 mukaan ”(e)rityisesti talousrikosoikeudessa jatkuvasti monimutkaisemmaksi muodostuva oikeudellinen toimintaympäristö yhdessä melko yleisluonteisten tunnusmerkistöjen kanssa edellyttävät rangaistussäännöksen tarkoitukseen tukeutuvan teleologisen tulkinnan hyödyntämistä”. Teleologian merkityksestä talousrikostunnusmerkistöjen laueuden ja teko-olosuhteiden moninaisuuden johdosta ks. myös 116–117. Lisäksi Sahavirta huomauttaa myös yhteisöjen tuomioistuimen tulkitsevan EU-oikeutta voimakkaan teleologisesti (s. 128–129)). Ks. edelleen Koponen 2004 s. 14, 17 ja 26, joka pyrkii ”tavoitehakuiseen, säännösten ja niiden soveltamisen järkevän tarkoituksen huomioon ottavaan tulkintaan”, jota siis luonnehtii funktionaaliseksi ja tavoitehakuiseksi. Koponen toteaa juuri teleologisen tulkintamallin sopivan hyvin tutkimuksensa tausta-ajatukseen rikosoikeudellisesta järjestelmästä yhteiskunnallisena ohjauskeinona. Myös esim. Huovila 2005 s. 69–70 liittää teleologisen tulkintamenetelmän rikosoikeudessa ennen kaikkea talousrikosoikeuteen. Ks. myös esim. Kukkonen 2016 s. 5–10 ja 65–66 sekä Ohisalo 2004 s. 43–45. Teleologisesta tulkinnasta on toki puhuttu rikosoikeuden piirissä muutenkin ja jo pidemmän aikaa. Se on kuulunut lainopilliseen tulkintakanaaniin jo von Savigny’n ajoista ja muodosti esim. Honkasalon rikosoikeuden oppikirjoissa yhden neljästä tulkintamenetelmästä kielellis-grammaattisen, loogis-systemaattisen ja historiallisen tulkinnan ohella. Ks. Lahti 2005 s. 104, joka kertoo pitäneensä itskin tuotannossaan teleologisen ja siihen läheisesti liittyvän systemaattisen tulkinnan merkitystä huomattavana ja laajentaneensa juuri teleologisen tulkintatavan kriminaalipoliittisesti suuntautuvaksi rikoslainopiksi (s. 107). Ks. myös Frände 2008 s. 544–548, jossa Frände käy kursorisesti läpi kotimaisessa oikeusdogmatiikassa viime vuosina Fränden mielestä yllättävänsä itskin mielenkiintoa osakseen saamaa teleologista laintulkintamenetelmää koskevaa keskustelua alkaen vuodesta 1995. Ks. vielä Palo 2010 esim. s. 388, joka niin ikään korostaa järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaa luonteeltaan dynaamisena, moniulotteisena, ajallisesti jatkuvana ja suunnitelmallisena kokonaisuutena, johon liittyy eri rooleissa ja vuorovaikutussuhteissa useita osallistujia, ja jonka arviointi edellyttää laajemman kontekstin huomiointia. Teleologinen tulkintametodi ei sen sijaan nouse teoksessa kovinkaan suureen rooliin, vaan pääpaino on rikoslainsäädännön tarkastelulla.

⁴⁰⁷ Melander 2016 s. 86–87 ja Melander 2008a s. 355–357 ja 471. Lainsäädännöksillä ja viranomaisratkaisilla on toki aina vähintäänkin tietty välinearvo – ne ovat instrumentteja asiantilojen toteuttamiseksi. Tässä mielessä oikeus on aina päämäärähakuisia, *teleologista* (Aarnio 1989a s. 239). Ajatus teleologian – tavoitteellisuuden – välttämättömyydestä voidaan viedä vielä pidemmälle. Esim. Dworkin 1986 s. 58–59 ja myös s. 228 huomauttaa tulkittamisen ylipäänsäkin perustuvan oletukseen tulkinnan kohteesta piilevästä tarkoituksesta. ”(A)n interpretation is by nature the report of a purpose”.

vaikuttavana ”tuki- tai metametodina”; erilaisten säännösten tarkoitus vaikuttaa ainakin jossain määrin jo siihen, millaisena vaikkapa niiden sanamuodonmukainen tai systemaattinen merkitys ymmärretään. Lisäksi he toteavat teleologian soveltuvan myös periaatteellisista syistä hyvin juuri rikosoikeudelliseksi tulkintametodiksi; rikosoikeudella kun on selkeän instrumentaalinen eli ihmisten yhteiselämän edellytyksiä turvaava tehtävänsä. Tämä ei toki tarkoita, etteikö teleologiaan liittyisi rikosoikeuden saralla myös periaatteellisia ongelmia.⁴⁰⁸

Kaarlo Hakamies kuvaa teleologista tulkintatapaa *päämääräsuuntautuneeksi argumentaatiotavaksi*, jossa eri laintulkintavaihtoehtoista valitaan parhaiten tulkittavan lain – tai laajemminkin oikeusjärjestyksen – tarkoitusta ja tavoitteita toteuttava tulkinta. Kyse on näin siis lopulta valittavan ratkaisuvaihtoehdon seurausten arvioinnista.⁴⁰⁹ Koska rikosoikeutta käytetään Hakamiehen mukaan tiettyjen sisällöllisesti hyväksyttävien tavoitteiden saavuttamiseen, sisältyy siihen välttämättä tietty teleologisuus. Hyväksyttävän tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksella voidaankin luoda myös lainsoveltamistoimintaa koskeva tulkinnallinen kehys rangaistussäännökselle. Erityisesti talouselämän toimintaa sääntelevät rikosoikeudelliset normit voidaan nähdä moniin muihin rikoslain säännöksiin verrattuna luonteeltaan vahvemmin instrumentaalisina välineinä tiettyjen yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Talouselämän kaltaisessa dynaamisessa toimintaympäristössä teleologinen tulkintatapa on Hakamiehen mukana keino turvata demokraattisen päätöksentekojärjestelmän tavoitteiden toteutuminen siten, että oikeusjärjestelmän sisäinen koherenssi ja laintulkinnan ennakoitavuus peräti lisääntyvät⁴¹⁰. Lisäksi on huomattava, että EU-TI:n edellyttämä kansallisten säännösten tulkinta mahdollisimman pitkälti EU-instrumenttien sanamuodon ja tarkoituksen valossa korostaa teleologista tulkintaa ainakin EU-liittynnäisissä asioissa – mitä tietysti alati suureneva osa talousrikosoikeutta enemmän tai vähemmän suorasti on.⁴¹¹

Pekka Koponen toteaa vuoden 2004 väitöskirjassaan viittaavansa antamiensa tulkintasuositusten osalta toistuvasti kriminaalipoliittisesti järkeviin tavoitteisiin ja tulkintavaihtoehtojen tosiasiallisiin vaikutuksiin, minkä johdosta tulkinnan voidaankin sanoa olevan funktionaalista ja tavoitehakuista. Tätä Koponen pitää jo lähtökohtaisesti luonnollisena hyväksyttäessä näkemys rikoslainopin ja kriminaalipoliitiikan kiinteästä yhteydestä. Lisäksi Koponen puhuu ”oikeuslähteiden

⁴⁰⁸ Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 s. 162–173. Ks. myös Nuutila 1997b s. 8–11 ja 45, joka huomauttaa, ettei rikosoikeus ole vain moraalialia tai filosofiaa, vaan ennen kaikkea yhteiskunnallisten ongelmien vähentämiseen tähtäävä oikeudenala – eräänlainen ”sosiaalipoliittinen viimeinen keino”. Nuutilan mukaan rikosoikeus muistuttaakin yhä enemmän *konfliktinratkaisumekanismeja*. Myös Melander 2016 s. 8 sekä Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 s. 68 puhuvat vähintäänkin keskustelusta rikosoikeuden muuttumisesta yhä enemmän jonkinlaiseksi konfliktinratkaisumekanismit. Vrt. vaikkapa Jareborg 2001 s. 5 ja 71, jonka mukaan kyseinen oppikirja tulisi nähdä neljännesvuosisadan elämäntyön yhteenvetona, jossa rikosoikeudellisten ideologioiden ydinkysymyksiä nähdään lopulta juurikin se, onko rikosoikeuden päätehtävänä sosiaalisten tai yhteiskunnallisten ongelmien ratkaiseminen. Jareborg ei ole pystynyt löytämään empiiristä näyttöä siitä, että rikosoikeus tällaiseen kelpaisi. Puoltamansa *defensiivisen* rikosoikeusmallin keskeiseksi tavoitteeksi Jareborg asettaakin ihmisten suojelemisen vallan väärinkäyttöä vastaan – ei yhteiskunnassa syntyneiden ongelmien ratkaisemisen (ks. erit. myös Jareborg 1995 s. 22–27). Defensiivinen/offensiivinen -käsiteparin kanssa hieman samansuuntaisesti esim. Husabø 2003 erottaa yhtäältä *re-aktiivisen* ja toisaalta *pre-aktiivisen* rikosoikeusmallin. Tältä osin kyse on tosin ennen kaikkea siitä, kuinka aikaisessa vaiheessa rikosoikeus ihmisten elämään puuttuu.

⁴⁰⁹ Teleologisen tulkintamallin rakenteen Hakamies 2012 s. 25 tyypistää seuraavan ajatteluketjun muotoon: ”Tarkoitettu tapahtuma T tulee tapahtua tai tarkoitettu olosuhde T tulee vallita. Jos lakia L ei tulkita niin, että se sisältää säännöksen L1, ei T voi tapahtua tai vallita. Näin ollen johtopäätös on, että lakia L tulkitaan niin, että se sisältää myös säännöksen L1.” Samaa tapahtaa ks. esim. Tapanin 2006 s. 340 esittämä (ja edelleen Aulis Aarnion esitykseen pohjautuva) kaavio.

⁴¹⁰ Hakamies 2012 s. 416; ”Hajanaisten oikeuslähteiden välille on saatavissa aikaan ennakoitavuutta lisäävää johdonmukaisuutta ja koherenssia vain menemällä näiden lähteiden muodostamaa pintatasoa syvemmälle. Yhteistä nimittäjää on haettava mm. säännösten tarkoituksesta teleologisen tulkinnan keinoin.”

⁴¹¹ Hakamies 2012 s. 30–31, 73–74 ja 77–78. EU-TI:n osalta Hakamies viittaa ennen kaikkea ns. Pupino-ratkaisuun (C-105/03, kohdat 43 ja 61).

laajasta hyödyntämisestä” sekä ”dynaamisten ja staattisten oikeuslähteoppien etujen yhdistämisestä”, jossa niin kriminaalipoliittiset kuin reaaliset argumentit sekä oikeusperiaatteetkin tulevat huomattavassa mitassa sovellettavaksi. Teleologinen tulkintamalli sopii Koposen mukaan hyvin yhteen hänen tutkimuksessaan omaksumaansa tausta-ajatukseen rikosoikeudellisesta järjestelmästä yhteiskunnallisena ohjauskeinona, kun taas tiukempi sitoutuminen lain sanamuotoon tukisi voimakkaammin oikeusturvanäkökulmaa ja laillisuusperiaatetta. Koponen katsookin kriminaalipoliittisten tehokkuus- ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien sekä myös reaalisten argumenttien käytön edellyttävän tulkintaa rajoittavia tekijöitä, joita Koponen löytää perus- ja ihmisoikeuksista.⁴¹²

Mårten Knutsin vuoden 2010 väitöskirja muodostaa mitä arvokkaimman vastapainon edellisille teleologisesti suuntautuneille (ja Tolvasen, Koposen ja myöhemmin käsiteltävän Sahavirran tapauksessa lisäksi syyttäjätaustaisten henkilöiden laitimille) tutkimuksille. Knuts suhtautuu teleologiseen rikoslaintulkintaan hyvin varauksellisesti yhdistäen kyseistä tulkintamallia kohtaan tunnetun kiinnostuksen kotimaisen rikoslainopin ”funktionaalistumiskehitykseen” sekä yleisemmällä tasolla ajalle tyypilliseen kontekstualisoivaan realismiin, jonka myötä katsoo perinteisen rikosoikeudellisen legalismi lieventyneen.⁴¹³ Knuts painottaa nimenomaan ”defensiivisen legalismin” ja ”offensiivisen teleologian” välistä vastakkainasettelua ja tiivistää teleologisessa laintulkinnassa näkemänsä ongelman kysymykseksi siitä, onko kyse lopulta muusta kuin yrityksestä kiertää legaliteettiperiaatteen ideaalia?⁴¹⁴

Knutsin väitöskirjan osalta on syytä huomata sen olevan lopulta itsekin varsin *teleologinen*. Tutkimuksessaan Knuts pyrkii tulkitsemaan ja systematisoimaan RL 51:3:ssä kriminalisoidun kurssimanipulaation objektiivisen tunnusmerkistön, joka määrittyy arvopaperimarkkinalain perusteella. Koko tutkimuksen ajatuksena on lainopin ulkopuolisten taloustieteellisten ja finanssiekonomisten tietoperspektiivien ”operationalisointi” eli yhteensovittaminen osaksi rikoslainoppia siten, että lopputuloksena olisi arvopaperimarkkinoiden kannalta tarkoituksenmukainen kurssimanipulaation kieltoa koskeva laintulkintaoppi.⁴¹⁵ *Taloustieteellisen perspektiivin* osalta kyse on siitä, milloin oikeudellinen kurssimanipulaatioon puuttumista koskeva interventio on markkinoiden toiminnan kannalta legitimoitu. *Finanssiekonomisen perspektiivin* osalta kyse on puolestaan siitä, miten informaation vaikutusta arvopaperikursseihin koskeva empiirinen tieto vaikuttaa rikoslainopilliseen tulkintaan ja systematisointiin.⁴¹⁶ Kyseisten oikeuden ulkopuolisten näkökulmien

⁴¹² Koponen 2004 s. 14–17, 20–22 ja 26. Kriminaalipoliittisen painotuksen sekä perus- ja ihmisoikeuksien välisestä riippuvuussuhteesta samansuuntaisesti myös esim. Melander 2008a s. 94, joka katsoo juuri instrumentalistisen näkökulman rikosoikeuteen aiheuttaneen tarpeen rikosoikeuden perusoikeusluottavuuden tarkempaan hahmottamiseen. Ns. perinteisen rikosoikeuden kova ydin ei tällaista hahmottamista vielä edellyttänyt.

⁴¹³ Knuts 2010 s. 69–70, 77 ja 80–87. Knuts puhuu ”defensiivisen legalismin” haastavasta ”offensiivisesta teleologiasta”. Jälkimmäiseen Knuts yhdistää saksalaisperäisen (ja ennen kaikkea Claus Roxinin ajatteluun perustuvan) funktionaalisen ajattelutavan omaksuneen tutkijakunnan, johon lukee Ari-Matti Nuutilan, Matti Tolvasen, Jussi Tapanin, Pekka Koposen sekä Tero Kurenmaan. Kriittiseksi äänenpainoiksi edellisille Knuts nimeää Hans Thornstedtin, Dan Fränden sekä Nils Jareborgin. Ks. myös Frände 2008 s. 546–547 ja 551, jonka listaus teleologisen tulkintamallin puolestapuhujista eroaa siten, että Kurenmaan tilalla on Raimo Lahti. Kriitikoiden osalta Frände toteaa Jussi Matikkalan suhtautuvan vielä itseäänkin tiukemmin teleologiaan.

⁴¹⁴ Knuts 2010 s. 81 ja 86–87.

⁴¹⁵ Knuts 2010 s. 18 sekä s. 52 ja erit. alav. 163.

⁴¹⁶ Knuts 2010 s. 30–50. Knutsin väitöskirjassaan käyttämä terminologia on vaikea. Esim. taloustieteellisen perspektiivin osalta hän puhuu kurssimanipulaation kiellon *motiivista* ja finanssiekonomisen perspektiivin osalta puolestaan kurssimanipulaation kiellon *miljööstä*. Ongelman ydin piilee juuri siinä, miten vaikeaa oikeuden ulkopuolisen aineksen – eli taloustieteellisen keskustelun ja arvopaperimarkkinoiden empirian – kuljettaminen osaksi lainoppia on. Jussi Tapani puhuu Knutsin väitöskirjaa arvioidessaan (Tapani 2011 s. 459) talouden ja oikeuden *saranakohdasta*, jolla Knuts tutkimuksessaan liikkuu. Kyseisen saranakohdan rakenne ja reunaehdot jäävät Tapanin mukaan tutkimuksessa ”hieman avoimeksi”, vaikkakin Knuts onnistuu Tapanin mielestä tiivistämään taloustieteellisen keskustelun ja arvopaperimarkkinoiden keskeiset piirteet aihepiiriä myös vähemmän tuntevan lukijan kannalta ymmärrettävällä tavalla.

operationalisointi tapahtuu tutkimuksessa Knutsin kehittämän ”assimilaatio-opin” avulla. Kaiken taustalla toimii Knutsin heti teoksen ensilehdillä tunnustama usko *liberalismiin*, jonka Knuts toteaa leimaavan taustaideologiana koko teosta. Tarkemmin ottaen kyse on yhtäältä markkinoiden tehokkuutta edellyttävästä liberalistisesta markkinakäsityksestä ja toisaalta pidättyväistä rikosoikeutta edellyttävästä liberalistisesta rikosoikeuskäsityksestä. Koko teoksen tarkoituksena onkin selvittää, vallitseeko näiden liberalististen ajatusten välillä perustava intressikonflikti vai olisiko jonkinlaisen synteessin muodostaminen mahdollista. Ristiriitatilanteessa Knuts toteaa liberalistiseen rikosoikeusideaaliin perustuvan oikeudenmukaisuuskäsityksensä menevän liberalistisen markkinatehokkuuden edelle.⁴¹⁷ Knutsin kehittämä *assimilaatio-oppi* merkitseekin oikeuden ulkopuolisten vaikutteiden tuomista osaksi lainoppia nimenomaan rikoslainopin lähtökohdista käsin siten, että niin markkinaliberalismi kuin empiirinen tietokin asetetaan rikoslainopin näkökulmasta kriittisen arvioinnin kohteeksi. Lopputulos merkitsee oikeusvaltiollisesta ja defensiivisistä rikoslainopista lähtevää synteesiä.⁴¹⁸ Käytännössä tämä kaikki johtaa siihen, että Knuts kehittää teoksensa III-luvussa erityisen kurssimanipulointia varten kehitetyn ad hoc -tyyppisen tulkintaopin, joka huipentuu arvopaperimarkkinarikosoikeudelliseen laintulkintamettiin, jota Knuts luonnehtii hieman yllättäen ”funktionaaliseksi”. *Funktionaalisuudella* Knuts viittaa siihen, että hänen laintulkintametodinsa on *kontekstualisoitu*; se on suhteutettu Knutsin markkina- ja rikosoikeusliberalistiseen maailmankuvaan ja siitä seuraavaan reduktionistiseen suhtautumiseen arvopaperimarkkinoiden sääntelemiseen sekä edelleen ennustettavuuden painotukseen. Laintulkintametodin tuottaessa nimenomaan tätä ennustettavuutta, on se myös ”funktionaalinen”.⁴¹⁹ Yhtä hyvin voisi sanoa sen olevan tarkoituksensa mukainen – *teleologinen*.

Ritva Sahavirta ilmoittaa oman vuoden 2008 väitöskirjatutkimuksensa tarkoitukseksi selvittää, miten Suomen voimassa olevia rahanpesua koskevia rangaistussäännöksiä tulisi tulkita – ja siis kyseisten tunnusmerkistöjen soveltamisalan selvittämisen. Kyse on rikoslainopillisesta näkökulmasta, jossa rikoslainsäännöksiä tulkitaan ja systematisoidaan.⁴²⁰ Tutkimuksen keskeisin kysymyksenasettelu perustuu Sahavirran mukaan kuitenkin siihen, täyttävätkö kansalliset rangaistussäännökset niihin liittyvine konfiskaatioseuraamuksineen ne tehokkuusvaatimukset, jotka niille tulisi asettaa niiden ylikansallisten velvoitteiden näkökulmasta, joiden täyttämiseksi kotimaiset säännökset on säädetty.⁴²¹ Sahavirta toteaa kotimaisen rahanpesua koskevan sääntelyn perustuvan hyvin merkittävässä määrin lukuisiin erityyppisiin kansainvälisiin velvoitteisiin, joita koskevat kriminaalipoliittiset päätökset on tehty ylikansallisissa toimielimissä pitäen silmällä ennen kaikkea kollektiivisia ja yleisiä tehokkuusnäkökohtia, joiden puitteissa rangaistavuuden ala pyritään yleensä

⁴¹⁷ Knutsin tutkimuksessaan avoimesti ja nimenomaisesti omaksumasta ideologisesta taustasta ks. s. 3–5 ja myös 24–25 sekä 365. Taloustieteelliseen näkemyskseen liittyvästä markkinaliberalismista ks. myös s. 38 ja 50. Pelkän ideologisen taustan lisäksi Knutsin maailmankatsomus saa tutkimuksessa konkreettisella tasolla viimesijaisen ja ratkaisevan roolin s. 264, missä Knuts joutuu valitsemaan kahden kurssimanipulaation tunnusmerkistöä koskevan mallin välillä. Valinta kohdistuu pidättyväistä rikosoikeutta edustavaan malliin. Se, että valinta riippuu lopulta (ainakin Knutsin itsensä mukaan) ideologiasta, ei poista sitä, että valintatilanteen taustalla on varsin syvälinen oikeusdogmaattinen analyysi ja argumentaatio (s. 232–264) ja valintaa seuraa vielä sen edullisuutta puoltavia argumentteja (s. 264–265). Esim. vastaväittäjä Ulväng 2010 s. 438–439 ei *henkilökohtaisesti* ole lainkaan vakuuttunut valinnan jättämiselle henkilökohtaisten preferenssien tasolle, vaan katsoo Knutsin tekemän valinnan voitavan perustella suoraan lakitekstillä. Todettakoon vielä, ettei nimenomaan markkinoihin ja vapauteen liitettyä *liberalismia* ole välttämättä pidettävä ideologiana laisinkaan, vaan sen voi nähdä myös pikemminkin jonkinlaisena ihmisyyteisöä koskevan fysiikan taloudellis-poliittisena sovelluksena; *homo aekonomi*uksen ohjailemisen tekniikkana tämän primitiivisiä mielihaluja tai laskelmoituja intressejä hyväksi käyttäen (ks. esim. (pitkälti Foucault’n ja Nietzschen pohjalta) Hurri 2014 s. 50–60).

⁴¹⁸ Knuts 2010 s. 19, 21, 29 ja s. 49–59.

⁴¹⁹ Knuts 2010 s. 179–184.

⁴²⁰ Sahavirta 2008 s. 3, 9 ja 11.

⁴²¹ Sahavirta 2008 s. 4, ks. myös s. 155.

ulottamaan mahdollisimman laajaksi. Sahavirta arveleekin yksilön perusoikeuksien turvaamisen jäävän rikosoikeuden alalla jatkossakin ensisijaisesti kansallisen lainsäätäjän ja lainkäyttäjän tehtäväksi, ja (jo laillisuusperiaatteestakin johtuen) juuri kansallisten rangaistus- ja myös rikosprosessisäännösten määrittäessä viime kädessä yksilöiden oikeuksien suojan tason. Vastapainona kansainvälisille tehokkuusnäkökohdille tulisikin hänen mukaansa kunnioittaa kansallisia kriminalisointiperusteita ja kiinnittää huomiota entistä enemmän oikeusturvatakeisiin.⁴²² Lopulta Sahavirta toteaa, ettei tutkimuksessaan kuitenkaan lähde lähemmin arvioimaan rahanpesun kriminalisointiperusteita tai uusien kansainvälisten yhteistyömuotojen perusoikeussuojaa, ”koska tutkimuksen tarkoituksena on arvioida kansallisten rangaistussäännösten yhdenmukaisuutta kansainvälisten velvoitteiden kanssa”. Lainkäyttäjälle osoitettujen tulkintasuositusten laadinnassa Sahavirta kertookin osoittaneensa erityistä painoarvoa sääntelyn syntyhistorialle ja kriminalisointien tausta-ajatuksille ja toteaa peräti keskeisimmäksi tutkimuksessa hyödynnetyksi tulkintaopiksi teleologisen tulkintamallin.⁴²³

Kuten Jussi Tapani vastaväittäjän lausunnossaan huomauttaa, Sahavirran tutkimuksesta löytyy kaksi pääteemaa: yhtäältä RL 32 luvun säännösten rikoslainopillinen tulkinta ja systematisointi sekä toisaalta kyseisten säännösten kansainvälisten tehokkuusvaatimusten mukaisuuden tarkastelu. Tapani näkee asetelmassa ongelmalliseksi sen, ettei Sahavirta esitä minkäänlaisia kriteereitä kotimaisten säännösten ”tehokkuuden” mittaamiselle tai edes perusteita tehokkuuden vaatimuksen tueksi. Sen sijaan mitään ongelmia Tapani ei näe siinä, ettei Sahavirta kehittele itse millään lailla laintulkintaoppia tai edes kuvaa tarkemmin sitä, miten monin eri tavoin hänen hyödyntämänsä teleologinen tulkintamalli voidaan jo kaiken edellä mainitun valossa hahmottaa. Tätä ei toki Tapanikaan ryhdy vastaväittäjän lausunnossaan tekemään, mutta toteaa kuitenkin näkemyksekseen, että Sahavirta on hyödyntänyt tulkintakannanottojensa muotoilussa suhteellisen johdonmukaisesti teleologista tulkintamallia. Sen sijaan tutkimuksessa niin ikään hyödynnettävään oikeusvertailun osalta Tapani pitää ”erityisenä puutteena”, ettei Sahavirta tältäkin osin hyödynnä edes kyseistä tutkimusmenetelmää koskevaa peruskirjallisuutta.⁴²⁴

Nähdäkseni Sahavirran teos ja sitä koskeva Tapanin lausunto muodostavat havainnollisen vastinparin Knutsin edellä mainituille käsityksille. Se, että Knuts perustaa koko teoksensa liberaaliin ideologiaan voi ehkä kuulostaa jonkun mielestä subjektiiviselta ja ei-tieteelliseltä. Aivan yhtä kummallisena on syytä nähdä Sahavirran tuosta vain – kuin sivumennen – tekemä ratkaisu sivuuttaa kriminalisointiperusteiden ja perusoikeussuojan kaltaiset näkökohdat rikoslainsäädännön kansainvälisten tehokkuusvaatimusten kustannuksella – ja silti väittää antavansa lainkäyttäjälle voimassa olevaa rikosoikeutta koskevia tulkinta- ja systematisointikannanottoja (, eikä siis vain tutkia kansallisten säännösten ja kansainvälisten velvoitteiden vastaavuutta). Tämä on ilman muuta mahdollista, mutta edellyttää yhtä lailla jonkinlaisen ideologian omaksumista. Sahavirran työn kohdalla kyse on oman tulkintani mukaan siitä, että kansainvälisten kriminalisointivelvoitteiden tehokas noudattaminen ajatellaan siinä määrin tärkeäksi, että rikosoikeutta koskevia tulkinta- ja systematisointikannanottoja voi tehdä

⁴²² Sahavirta 2008 s. 5–6, ks. myös s. 432.

⁴²³ Sahavirta 2008 s. 7 ja 11. Esim. s. 119 Sahavirta vielä toteaa, ettei vaikkapa perusoikeusmyönteistä laintulkintaa ole tarvetta tutkimuksessa lähemmin käsitellä senkään takia, että aiheesta on suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa viime vuosina keskusteltu varsin laajasti.

⁴²⁴ Tapani 2009 s. 174–176.

yksinomaan tältä pohjalta sivuuttaen samalla lähinnä muodolliseen oikeudenmukaisuuskäsitykseen liittyvät oikeusturvatakeet.

Sekä Knutsin että Sahavirran tutkimuksilla on tavoite; Knuts toteuttaa liberaalia maailmankuvaansa ja Sahavirta kansainvälisiä kriminalisointivelvoitteita. Kummankin tekemisiä voi luonnehtia – niin halutessaan – *teleologiseksi*; lopulta kyse on siitä, kuinka hyvin tulkintasuositukset osuvat linjaan edellä mainittujen tavoitteiden kanssa⁴²⁵. Olennaista on juuri se, mitä Tapani lausuntonsa sivulauseessa tuo ilmi; teleologiaa on olemassa monenlaista⁴²⁶. En lähde tältä osin laittamaan Knutsin ja Sahavirran maailmankuvia *sisällöllisesti* paremmuusjärjestykseen. Sen sijaan *muodollisesti* – tai *metodologisesti* – on selvää, että Knutsin esitys vastaa enemmän sitä, mitä itse tässä tutkimuksessani olen jo asettunut puoltamaan. Lainopin tekemisessä omaksutut tietoiset ideologiset valinnat on tuotava avoimesti esille. Se, ettei ”metodologis-teoreettisia” tai muita sellaisia kysymyksiä tutkimuksessaan pohdi, on omiaan johtamaan siihen, ettei tällaiseen itsereflektioon välttämättä missään vaiheessa edes päästä. Monesti käy kuitenkin niin, että kun tämä vain tapahtuu vallitsevan ”tieteenparadigman” puitteissa, ei asiaan tule esimerkiksi vastaväittäjällä mieleen edes puuttua⁴²⁷.

Tuoreemmasta nimenomaisesti ”kriminaalipoliittisesta”, mutta kuitenkin edellä mainittuihin verrattuna hyvin erityyppisestä suuntautumisesta voidaan mainita Tarja Koskelan vuoden 2017 ja Mika Sutelan vuoden 2016 artikkeliväitöskirjatutkimukset, jotka avaavat vielä jo edellä mainittujen lisäksi yhden mielenkiintoisen ja myös melko tuoreen näkökulman siihen, mitä kaikkea kriminaalipoliittisuus rikosoikeustieteen kannalta voi tarkoittaa.

Koskela luonnehtii tutkimustaan ”perinteisestä tulkintajuridisesta traditiosta” poiketen *kriminaalipoliittisesti orientoituneeksi lainopiksi*, jossa empirinen tutkimustieto yhdistetään normatiiviseen rikosoikeuden järjestelmään. Koskela katsoo pelkän lain sanamuodon käytännön ratkaisutoiminnan kannalta riittämättömäksi ja säännösten voivan tulla ylipäättäänkin oikein ymmärretyksi vain tarkoituksensa valossa. Lainopin harjoittajan tehtäväksi Koskela toteaaakin empirisen tiedon jalostamisen käyttökelpoisten kriminaalipoliittisten argumenttien muotoon.⁴²⁸ Käytännössä Koskela tarkastelee sitä, miten hänen ”*optimaaliseksi eläinsuojeluksi*” ymmärtämänsä

⁴²⁵ Ks. esim. Nuutila 1996 s. 124 alav. 321, joka huomauttaa teleologiseen argumentaatioon voitavan ottaa erisuuntaisia tavoitteita ja arvoja. Esim. rikotun oikeushyvän suojan korostaminen puoltaa helposti langettavaa tuomiota, oikeusvaltiollisen toiminnallisen vapauden korostaminen sen sijaan vapauttavaa tuomiota. Samoin esim. Ohisalo 2004 s. 28–29 toteaa myös teleologisen tarkastelutavan ytimeksi katsomansa tyyppitapaussajattelun menetelmänä neutraaliksi, koska sen käyttö ei edellytä lainsäätäjän tavoitteiden huomioimista *jollain tietyllä tavalla*. Se ei siis sinällään ratkaise kysymystä kriminaalipoliittikan ja soveltamistoiminnan suhteesta. Ks. kuitenkin myös Lahti 2005 s. 107–108, joka toteaa teleologisen tulkinnan taustalla olevien kriminaalipoliittisten (hyöty)näkökohtien tosin tyyppillisesti – muttei taaskaan välttämättä – puoltavan (rikosvastuun kannalta) laajaa tai laajentavaa tulkintaa rangaistussäännöksen suojelutarkoituksen ja rikosvastuun tehokkaaksi toteuttamiseksi. Ks. vielä samassa teoksessa Huovila 2005 s. 69–72, joka käsittelee teleologisen tulkinnan sekä perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan yhtenä ja samana tulkintametodinä.

⁴²⁶ Tapani on toisessa yhteydessä (Tapani 2006a s. 343) luonnehtinut teleologiaa *dynaamiseksi* elementiksi, joka konkretisoituu kunkin eri rikossäännöksen kohdalla eri tavoin. Samalla Tapani valittelee sitä, kuinka keskustelu teleologisesta tulkintamenetelmästä tapaa helposti jäädä niin abstraktille (ja myös käsitteellisesti epäselvälle) tasolle, että kyseisen tulkintametodin ydin katoaa näkyvistä (s. 338–343). Ks. vilkkaasta kotimaisesta teleologista tulkintatapaa koskevasta keskustelusta myös Korkka 2015 s. 61–65 (erit. alav. 5) runsaine viitteineen.

⁴²⁷ Sinällään Tapani on kyllä hyvinkin tietoinen ”teleologiseen laintulkintaan” liittyvistä monimerkityksellisyyksistä. Ks. erit. Tapani 2003, joka päättyy ajatukseen siitä, kuinka vasta rikossäännösten teoreettisten vastuurakenteiden jäsentäminen avaa mahdollisuuden arvioida ”mitä teleologia oikeastaan tarkoittaa eri rikossäännöksissä” (s. 140).

⁴²⁸ Koskela 2017 s. 28 ja 30.

eläinsuojelulain tarkoitus olisi toteutettavissa eläimiin kohdistuvien rikosten erilaisissa rikosprosessuaalisissa vaiheissa.⁴²⁹

Sutela toteaa puolestaan omaa tutkimustaan voitavan luonnehtia ”kriminaalipoliittisesti orientoituneeksi empiiriseksi oikeustutkimukseksi”, jossa tarkoituksena on tuottaa tutkimustuloksia, joiden avulla olisi mahdollista pyrkiä vaikuttamaan kriminaalipoliittiseen päätöksentekoon. Kyse ei olekaan perinteisestä oikeustieteellisestä tutkimuksesta, vaan uudemmassa oikeuden monitieteisestä empiirisestä tutkimuksesta, jossa yhdistetään aineksia rikos- ja prosessioikeudesta sekä näkökulmansa puolesta myös kriminologiasta, oikeussosiologiasta ja tilastotieteestä.⁴³⁰ Kriminaalipoliittisella orientaatiolla on Sutelan mukaan kotimaisessa rikosoikeudellisessa tutkimuksessa sinällään tärkeä sija. Sutela viittaa ”sosilogisen rikosoikeusajattelun” mukaiseen näkemykseen siitä, ettei rikosoikeutta voi ”kytkeä irti” yhteiskunnasta, vaan niin rikosoikeuden kuin rikollisuudenkin ilmiöt vaativat laaja-alaista monitieteistä näkökulmaa.⁴³¹ Sen sijaan elävä oikeusrealismin perinne Suomesta Sutelan mukaan puuttuu, eikä myöskään empiiristä oikeustutkimusta ole tehty kuin suhteellisen vähän. Juuri empiirisen oikeustutkimuksen aukkoa Sutela pyrkii omalla oikeusrealismia jäljittelevällä tutkimuksellaan täyttämään.⁴³² Käytännössä Sutela analysoi suomalaisten yleisten tuomioistuinten erilaisia päätöksentekotilanteita tilastollisten menetelmien avulla tarkoituksenaan selvittää, kuinka ennustettavaa ja yhdenmukaista ratkaisutoiminta empiirisestä näkökulmasta on.⁴³³

Sekä Koskela että Sutela lähtevät siis liikkeelle empiirisestä tutkimuksesta. Koskelan tarkoituksena on tuottaa tältä pohjalta kriminaalipoliittisia argumentteja – ymmärtääkseni nimenomaan laintulkinnan tarpeisiin. Sutela pyrkii sen sijaan tuottamaan kvantitatiivisia tutkimustuloksia, joiden avulla vasta voisi pyrkiä vaikuttamaan kriminaalipoliittiseen päätöksentekoon. Kumpikaan tutkimuksista ei ole *rikoslainopillinen* – siinä merkityksessä, että tavoitteena olisi voimassa olevan rikosoikeuden selvittäminen. Sutela toteaa nimenomaisesti käyttävänsä yksinomaan kvantitatiivisia ja siis empiirisiä tutkimusmenetelmiä, joiden avulla hän ei katso mahdolliseksi vastata normatiivisiin kysymyksiin.⁴³⁴ Koskela pyrkii sen sijaan kehittämään empiirisiä havaintojaan aina lainopillisiksi argumenteiksi. Varsinaisissa tutkimusartikkeleissa tarkastelu rajoittuu kuitenkin rikos- ja hallintoprosessuaalisiin sekä esitutkinnallisiin kysymyksiin. Voimassa olevaan (aineelliseen) rikosoikeuteen ei oteta missään kohdin kantaa, vaikka artikkeliväitöskirjansa johdanto-osuudessa Koskela kylläkin toistuvasti kertoo tekevänsä *rikoslainopillista* tutkimusta ja

⁴²⁹ Tutkimuksen kysymyksenasettelusta ks. Koskela 2017 s. 17 ja 22.

⁴³⁰ Sutela 2016 s. 19 ja 21.

⁴³¹ Sutela 2016 s. 19–20. Oivana esimerkkinä oikeus- ja yhteiskuntatieteellisiä lähestymistapoja integroivasta tutkimustavasta Sutela nostaa esille Lappi-Seppälän väitöskirjatutkimuksen todeten teosta pidetyn jopa parhaan kotimaisena 1900-luvun jälkipuoliskon rikosoikeustieteellisenä väitöskirjana (s. 24). Tarkemmin ottaen kyse on Koskisen 1998 s. 335–336 arviosta, mutta vastaava näkemys ilmenee myös Oikeus-lehden vuoden 2003 vaikuttajakyselyn anonyymeistä kannoista (Alvesalo–Kivivuori–Koillinen 2003 s. 167).

⁴³² Sutela 2016 s. 19–25. Empiiristä oikeustutkimusta olisi Sutelan mukaan syytä tehdä enemmänkin, vaikkei oikeusrealistinen lähestymistapa nykyisin olekaan kovin suosittu Pohjoismaissa tai ylipäänsä Euroopassakaan (s. 22 ja 108–109). Todettakoon, että Suomessa oikeusrealistista tutkimusta on kyllä harrastanut ainakin Rauno Halttunen (Halttunen 1993), jota esim. vastaväittäjänä toiminut Aulis Aarnio luonnehtii tuntemistaan pohjoismaisista teoreetikoista peräti ”rossilaisimmaksi”. Aarnio pitää teosta ”tavattoman vakavasti otettavana teoreettisena yrityksenä” – ”tärkeimpänä tällä sektorilla viimeisten vuosien aikana”. (Aarnio 1994b s. 387 ja 389)

⁴³³ Sutela 2016 s. 14 ja 24.

⁴³⁴ Sutela 2016 s. 59 ja 71.

hyödyntää lainoppia koskevana lähdeaineistonaan nimenomaan *rikoslainopin* piirissä syntyneitä ajatuksia⁴³⁵.

Koskelan tutkimusta voi luonnehtia ”kriminaalipoliittiseksi” paitsi empiiristen havaintojen ja lainopillisen argumentaation yhdistämisen merkityksessä myös tutkimuksessa omaksutun varsin voimakkaan poliittis-ideologisen kannan johdosta. Koskelan koko tutkimus rakentuu ”*optimaalisen eläintensuojelun*” ympärille. Analyysin nimenomaisena kohteena on se, ”mitä optimaalinen eläinsuojelu voisi olla rikosprosessissa ja julkishallinnossa”. ”Optimaalisella eläintensuojelulla” Koskela tarkoittaa ennen kaikkea *eläinten näkökulmasta* arvioitavaa eläinten suojelua, joka ”optimaalisimmillaan” tarkoittaisi eläinten jättämistä tyystin hyväksikäyttämättä ihmisen toimesta.⁴³⁶ Kuten Koskela toteaa, johtaa näkökulma väistämättä viime vuosikymmeninä Suomessakin käytyyn keskusteluun eläinten itseisarvosta ja subjektiivisista oikeuksista. Koskela ei kuitenkaan nimenomaisesti halua ”mennä syvemmälle” kyseiseen keskusteluun. Ei vaikka toteaa eläinsuojelukysymykset erityisen arvolutautuneiksi sekä tunteita ja kiivastakin yhteiskunnallista keskustelua herättäviksi asioiksi, joiden kohdalla päätöksentekijän arvomaailma voi hyvinkin heijastua vaikkapa perusteluiden valintaan ja erityisesti niiden painottamiseen, ja minkä johdosta päätöksentekijän tulisi pystyä perustelemaan arvokannanottonsa, koska joutuu joka tapauksessa toimimaan oikeusjärjestyksessä vallitsevan arvokäsityksen tulkkina.⁴³⁷ Koskela tyytyy toteamaan ”optimaalisen eläinsuojelun” ajatuksena yhteneväksi eläintensuojelulain tarkoituksen ja tavoitteiden kanssa sekä pitävänsä Birgitta Wahlbergin esittämiä eläinten perusoikeuksia perusteltuina. Lisäksi Koskela viittaa suomalaisen oikeustieteen piirissä käytyyn eläinten oikeuksia koskevaan (melko vähäiseksi toteamaansa) keskusteluun sekä muutamaasi ulkomaisiin asioita koskeviin kirjoitajiin.⁴³⁸

Todettakoon heti alkuun, ettei oma tarkoitukseni ole osallistua eläinten arvoa tai arvottomuutta koskevaan keskusteluun. Sen sijaan pyrin seuraavaksi osoittamaan ”kriminaalipoliittisesti orientoituneeseen” lainoppiin liittyviä ongelmia, joiden konkretisoimiseen Koskelan tutkimus tarjoaa havainnollisen ja tuoreen esimerkin – vaikkei tosin siis mitään rikoslainoppia lopulta olekaan. Tässä tarkoituksessa on nostettava esille vielä toinen Koskelan tutkimuksen kanssa hyvin samantapaisesti kriminaalipoliittisesti latautunut teos. Kyse on Elina Pirjatanniemen väitöskirja *Vihertyvä rikosoikeus* (2005).

Teoksessaan Pirjatanniemi asettaa tavoitteekseen ”modernin ympäristörikosoikeuden identiteetin” luomisen. Tarkoituksena on liittää ympäristöoikeudelliset näkökulmat rikosoikeudellisiin ja näin muuttaa rikosoikeutta siten, että keskustelu rakentuisi ympäristöoikeudellisen ajattelun kanssa samojen peruslähtökohtien – ennen kaikkea *kestävän kehityksen* – varaan. Olennaisena teemana onkin *ympäristöoikeuden* ja *rikosoikeuden* sekä yleisemmin *perinteisen* ja *modernin* asettaminen vastakkain siten,

⁴³⁵ Esim. Koskela 2017 s. 28, jossa tämä toteaa yhdistävänsä tutkimuksessaan *rikoslainopin* ja empiirisen tutkimuksen niin oikeusdogmaattista kuin empiiristäkin metodia hyödyntäen. ”Kriminaalipoliittisesti suuntautuneen lainopin” osalta Koskela viittaa kriminaalipoliittisten arvopäämäärien suodattamiseen teoreettisessa *rikoslainopissa* rikosoikeuden yleisiin periaatteisiin, peruskäsitteisiin ja jossain määrin systematiikkaan viitaten tältä osin Jussi Tapanin, Matti Tolvasen ja Ari-Matti Nuutilan kirjoituksiin (s. 30). S. 21 Koskela lisäksi luonnehtii väitöskirjaansa nimenomaan *rikosoikeudelliseksi*. Tutkimuksen metodiikka on ylipäänsä kummallinen. Koskela esimerkiksi kertoo käyttävänsä artikkeliväitöskirjansa johdanto-osuudessa ”yksinomaan oikeusdogmaattista tutkimusotetta”, mutta itse tutkimusartikkeleissaan lisäksi empiiristä kvalitatiivista ja kvantitatiivista metodia (s. 29–30).

⁴³⁶ Koskela 2017 s. 18–19, 22 ja 114.

⁴³⁷ Koskela 2017 s. 18 ja 22–23.

⁴³⁸ Koskela 2017 s. 17–19.

että lopputuloksena ”perinteinen” rikosoikeus muuttuu – *vihertyy*.⁴³⁹ Huolimatta selvästä kompromissin tai synteisin tavoittelusta Pirjatanniemi toteaa kuitenkin omaksuneensa lähestymistavakseen lopulta kokonaisuuden sijaan nimenomaan *yhden näkökulman* – ympäristönäkökulman – korostamisen. Pirjatanniemen mukaan kyse on tietynasteisesta ideologisuudesta ja tutkimuksellisesta yhteydestä erityisesti niin sanottuun feministiseen oikeustieteeseen, jolla kritiikin kohde on lopulta sama: perinteisiin ja historialliseen kehitykseen sitoutunut oikeus. Tutkimuksen avoimena tavoitteena on parantaa ympäristön asemaa oikeusjärjestyksessä, minkä vuoksi työtä voisikin Pirjatanniemen mukaan luonnehtia ”oikeusekologiseksi”. Tämä kiteytyy ennen kaikkea sitoutumiseen *ekologisen kestävyys* tavoitteeseen.⁴⁴⁰

Kestävä kehitys tai *ekologinen kestävyys*⁴⁴¹ muodostaa Pirjatanniemen tutkimuksessa hyvin samankaltaisen peruslähtökohdan kuin ”optimaalinen eläintensuojelu” Koskelan tutkimuksessa⁴⁴². Kyse on kaiken päätöksenteon läpäisevästä tavoitteesta, jonka ydinsisällön Pirjatanniemi kiteyttää ajatukseksi siitä, että ihmiskunnan nykyisten sukupolvien tarpeet on tyydytettävä siten, että tuleville sukupolville jätetään vastaava mahdollisuus⁴⁴³. Tavoitteen realisointi osaksi oikeudellisia käytäntöjä edellyttää ennen kaikkea ihmisen ja luonnon suhteen uudelleenjäsennyistä ja nimenomaan ihmisen vastuun korostamista. Tämä tapahtuu teoksessa perus- ja ihmisoikeuksiin kytketyn oikeushyväkeskustelun kautta ja siis ennen kaikkea PL 20 §:n avulla sekä ennalta varautumiseen ja riskeihin liittyvän rangaistusvastuun ulottuvuutta koskevan keskustelun muodossa.⁴⁴⁴

Pirjatanniemen ja Koskelan tutkimukset poikkeavat toisistaan ainakin kahdella hyvin merkittävällä tavalla, joista molemmat havainnollistavat kriminaalipoliittisen orientaation ongelmia – tai ehkä pikemminkin vaaranpaikkoja. *Ensinnäkin* Pirjatanniemen tutkimus on rikoslainopillinen – se keskittyy kauttaaltaan kysymykseen siitä, mitä voimassa oleva rikosoikeus on, tai ehkä pikemminkin; mitä se voisi tai sen pitäisi olla⁴⁴⁵. Pirjatanniemi kehittää vihertyvää rikosoikeuttaan

⁴³⁹ Pirjatanniemi 2005 s. 24–25 Pirjatanniemi hahmottelee neljä vastinparia, joiden kautta perinteinen ja moderni haastavat toisensa: 1) kansallisuus / kansainvälisyys, 2) oikeusvaltiollisuus / ekologisuus, 3) autonomisuus / kontekstuaalisuus sekä 4) vastuu yleisyys / erityisyys. ”Modernin ympäristörikosoikeuden identiteetti” muovaautuu Pirjatanniemen mukaan teoksessa kyseisten jännitteiden kautta siten, että joko/tai -asetelman sijaan kyse on toinen toisiaan muovaavista elementeistä. Lopulta kyse on siitä, kykeneekö rikosoikeus ottamaan haltuunsa uudenlaisia konflikteja menettämättä samalla olennaista osaa omasta identiteetistään (s. 22) – rikosoikeus vihertyy, muttei muutu vihreäksi (s. 29)!

⁴⁴⁰ Pirjatanniemi 2005 s. 27–28. Pirjatanniemi varoittaa lukijaa ympäristöintressin painottamisesta johtuvista mahdollisista ”vinoumuksista” myös teoksen lopussa esittämiensä vihertyvän rikosoikeuden ajatusta konkretisoivissa esimerkiasettelmissaan. Pirjatanniemi katsoo nimenomaisesti aiheelliseksi korostaa kyseistä työhönsä sisältyvää riskiä, vaikkakin katsoo oikeudellisen tutkimuksen sisältävän aina jonkin näkökulman – joka voi olla tietoinen tai tiedostamaton. (s. 326)

⁴⁴¹ Ks. erit. Pirjatanniemi 2005 s. 45–57, jossa Pirjatanniemi käsittelee *kestävän kehityksen* monipuolista ja laajaa tematiikkaa.

⁴⁴² Huipentuu tutkimus ympäristörikosoikeuden mahdollisuuksia koskeviin tarinoin, joilla Pirjatanniemi pyrkii konkretisoimaan, ”millaiselta vihertyvä rikosoikeus käytännössä näyttäisi” (Pirjatanniemi 2005 s. 44) – aivan samoin kuin Koskinen asettaa kysymyksensä: ”mitä optimaalinen eläintensuojelu voisi rikosprosessissa ja julkishallinnossa olla” (Koskinen 2017 s. 22).

⁴⁴³ Pirjatanniemi 2005 s. 45–46, 57 ja 227.

⁴⁴⁴ Pirjatanniemi 2005 s. 24 ja 58–97. Perus- ja ihmisoikeuslähtöisistä oikeushyväkeskustelusta ks. myös s. 180–182 ja 198–209. Vastaavien lähtökohtien muotoilusta jo aiemmin ks. vielä Pirjatanniemi 2001 s. 22–29.

⁴⁴⁵ Pirjatanniemi 2005 s. 31 mukaan oikeus on ymmärrettävä mahdollisuutena ja strategiana – hän uskoo mahdollisuuteen ajaa oikeuden avulla yhteiskunnallisia muutoksia. Rikosoikeutta ei voi jäädäyttää yksinomaan 1800-luvulla kehitettyjen periaatteiden varaan (s. 22). Mikäli *rikoslainopilla* ymmärretään sen sijaan varsin jäykkää voimassa olevan oikeuden tulkintaa ja systematisointia ilman kovinkaan suurta potentiaalista liikkumavaraa, voidaan teosta luonnehtia rikoslainopin sijaan pikemminkin *oikeuspoliittiseksi*. Esim. vastaväittäjä Träskman 2006 s. 484–486 huomauttaa asiasta toden, että työtä voi ”varsin korostusti” pitää oikeuspoliittisena puheenvuorona ja yrityksenä vaikuttaa todellisuuteen, eli siis pyrkimyksenä vaikuttaa ihmisten ajatustapoihin. Ymmärrän itse oikeuden Pirjatanniemen tavoin siinä määrin *potentiaalisena* ja ”radikaalisti tulkinnanvaraisena”, ettei Pirjatanniemen teoksen luonnehtiminen *rikoslainopilliseksi* tuota ainakaan itselleni vaikeuksia. Päinvastoin minun on vaikea kuvitella oikeudellista tutkimusta – tai tutkimusta ylipäänsä –, joka ei pyrkisi vaikuttamaan ihmisten ajatustapoihin!

nimenomaan rikosoikeuden yleisten oppien kautta⁴⁴⁶. Hän myös hallitsee nämä yleiset opit ja tuntee rikoslainopillisen systematiikan. Koskelan osalta näin ei voida sanoa. Tässä kohdin on aivan ratkaisevaa huomata, ettei kyse ole vain siitä, miksi nyt eri tutkimuksia haluaa nimittää. Itseisarvoisen rikoslainoppia vai rikosprosessilainoppia -tyyppisen turhanpäiväisen hiustenhalkomisen sijaan kyse on suorastaan perustavanlaatuisesta seikasta – jostain mitä rikosoikeuden piirissä tavataan nimittää koko oikeudenalan peruspilariksi⁴⁴⁷. Kyse on yksinkertaisesti siitä, että rikosoikeudellinen laillisuusperiaate loistaa Koskelan tutkimuksessa poissaolollaan. Vaikka Koskela käsittelee ”yksinomaan oikeusdogmaattista tutkimusotetta” soveltavassa tutkimuksensa johdanto-osassa muun muassa kriminalisointiperiaatteiden kaltaisia aiheita, nousevat lakisidonnaisuuden kaltaiset teemat esille käytännössä vain julkiseen hallintoon liitetyn oikeusvaltioperiaatteen yhteydessä⁴⁴⁸.

Tältä osin on toki jo mainituin tavoin mahdollista huomauttaa, ettei Koskela kuitenkaan itse tutkimusartikkeleissaan harjoita rikoslainoppia, minkä johdosta rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sivuuttaminen on ymmärrettävää. Tämä on totta, muttei ole estänyt Koskelaa julkaisemasta samasta aihepiiristä ja samoista lähtökohdista myös (ainakin jossain määrin selvemmin) rikoslainopillista tutkimusta. Edilexin julkaisemassa referee-artikkelissa *Törkeä eläinsuojelurikos – vai onko?* (2019) Koskela tarkastelee 70 käräjäoikeusratkaisua (ja yhtä hovioikeusratkaisua) koskien eläinsuojelurikoksen kvalifiointia. Koskelan itsensä mukaan kyse on ”kvantitatiivisesta analyysistä”⁴⁴⁹, mutta tästä huolimatta tekstissä otetaan toistuvasti kantaa myös tuomioistuinratkaisujen sisältöön. Kannanotot ovat kriittisiä ja kohdistuvat yksinomaan vastaajan kannalta edullisiin ratkaisuihin eli tilanteisiin, joissa eläinsuojelurikoksen kvalifioitu tekemuoto on jäänyt syyksi lukematta.⁴⁵⁰

Ero Pirjatanniemen tutkimukseen on joka tapauksessa melkoinen. Huolimatta nimenomaisesta ”yhden näkökulman” tutkimusotteestaan Pirjatanniemi korostaa

⁴⁴⁶ Pirjatanniemi 2005 erit. s. 30–31, jossa Pirjatanniemi kertoo tyytyvänsä rikosoikeuden yleisten oppien tasolla otettaviin ”pieniin askeliin”, joiden kautta uskoo voitavan vaikuttaa myös oikeudenalan yleisten tavoitteiden muuttumiseen. Tarkemmin ottaen Pirjatanniemi pyrkii jäsentämään uudella tavalla rikosoikeudellisia huolellisuusstandardeja sekä tämentämään selonottovelvollisuuden merkitystä. Rikosoikeuden yleisten oppien näkökulmasta kyse on ennen kaikkea tuottamus- ja kieltoerähdysopista – ei minkäänlaisesta yleisten oppien kattavasta läpikäynnistä, kuten vastaväittäjä Träskmankin 2006 s. 495 huomauttaa.

⁴⁴⁷ Esim. Melander 2016 s. 142 ja Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 s. 84. Esim. Claes Lernerstedt huomauttaa kyseessä olevan nimenomaan ”klassis-liberaalisen” rikosoikeuden peruskivi (Lernerstedt 2010 s. 67).

⁴⁴⁸ Koskela 2017 s. 22 alav. 29 ja s. 50–52, joista ensimmäisessä viitataan PL 2.3 §:ään ja jälkimmäisessä PL 21 §:ään sekä EIS:n 6 artiklaan. Lisäksi s. 43 käsitellään sitovan lainsäädännön ohjaaman laillisuusharkinnan ja lainsäädännössä väljemmin ohjatun tarkoituksenmukaisuusharkinnan eroa julkisen vallan käytössä. S. 24 todetaan epämääräisesti ”positiivisen oikeuden luovan kyllä takeita ennustettavuudesta”, mutta arvioinnin siitä, koska teko on aiheuttanut eläimelle tarpeetonta kärsimystä, kipua ja tuskaa, sisältävän väistämättä arvovalintoja. S. 28–30 lainoppineelle uskotaankin jo ”käyttökelpoisten kriminaalipoliittisten argumenttien” jalostajan rooli todeten ”pelkän (lain) sanamuodon tulkinta” käytännön ratkaisutoiminnassa riittämättömäksi. Kriminalisointiperiaatteiden osalta voidaan todeta käsittelemättömäksi tyytyä tältä osin Tolvasen ja Nuutilan 1990-luvulla julkaisemiin tutkimuksiin, kun asiasta olisi olemassa Sakari Melanderin nimenomaan kyseistä aihetta koskeva ja yli kymmenen vuotta tuorempikin väitöskirja (Melander 2008a) – jossa myös rikosoikeudellinen laillisuusperiaate siis on mukana! Vrt. vielä vaikkapa juuri Pirjatanniemi 2005 s. 191–192, joka toteaa esim. suurimman osan PeV:n kriminalisointeja koskevista rajoitusperusteista olevan johdettavissa juurikin laillisuusperiaatteesta.

⁴⁴⁹ Tuomioistuinratkaisuja analysoidaan tilastollisen tarkastelun pohjalta (Koskela 2019 s. 3). Mitään sen kummempaa tutkimustehtävää ei esitetä, mutta ottaen huomioon viittaukset lainsäädäntötutkimukseen (erit. alav. 7) vaikuttaisi siltä, että Koskela mieltää tämänkaltaisen analyysin itseisarvoiseksi törkeää eläinsuojelurikosta koskevan RL 17:14a:n oltua voimassa jo 8 vuotta.

⁴⁵⁰ Ks. Koskela 2019 s. 16–18. Koskela esim. kyseenalaistaa ”yleisen elämäkokemuksen” perusteella käräjäoikeuden näkemyksen, jonka mukaan 27 kotikissan pitäminen 60 neliömetrin asunnossa ei täyttänyt eläinten huomattavan suureen määrään perustuvaa kvalifiointiperustetta. Kyseessä kannanotossa ei sinällään ole mitään kummallista – joskaan ei myöskään mitään tekemistä kvantitatiivisen tilastoanalyysin kanssa. Se muuttuu kuitenkin ongelmalliseksi, kun huomioidaan, että esim. s. 10 Koskela jättää ilman sen kummempia huomautuksia perustelun, jossa eläinten huomattavan suurta määrää koskevaa kvalifiointiperustetta päädyttiin soveltamaan ilmoittamatta ratkaisuperusteissa lainkaan eläinten varsinaista määrää, ja vain ”kymmeniin koiriin ja kissoihin” viitaten.

tiettyjen rikosoikeudellisten ”itseisarvojen” kohdalla kaikenlaisten kompromissien mahdollisuutta. Ennen kaikkea tämä liittyy rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen, jonka vaatimusta rikosten säätämisestä lailla ei kerta kaikkiaan saa ohittaa edes ympäristöintressien korostamisen nimessä. ”Kestävän kehityksen rikosoikeuskin” tietää viimesijaisen ja äärimmäisen paikkansa systeemissä ja esimerkiksi PL 20.1 §:n ja 8 §:n normien välinen punninta painuu oikeusvaltion rikosoikeudessa vääjäämättä laillisuuden eduksi. Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on suodatin, jonka kautta eri suunnilta tulevat kriminaalipoliittiset viestit saadaan rikosoikeuden identiteettiin soveltuviksi. Ekologisuuden ja oikeusvaltiollisuuden välisen tasapainon hakeminen on olennainen osa Pirjatanniemen ympäristörikosoikeuden identiteettiä.⁴⁵¹

Toinen mielenkiintoinen ero tutkimusten välillä liittyy siihen, että Koskela toteaa lähestymistapansa nimenomaisesti ”kriminaalipoliittisesti orientoituneeksi”, mutta Pirjatanniemi ei vastaavaa linjausta tee. Jo edellä esitetyn valossa on toki selvää, että koko Pirjatanniemen tutkimusasetelma on nähtävissä ”kriminaalipoliittiseksi”. Esimerkiksi väitöskirjansa sivulla 22 hän puhuu ympäristörikosoikeudellisesta sääntelystä ”tavoiterationaalisen rikosoikeuden kasvattina”, jolla on muutosvaatimuksia (perinteistä) rikosoikeutta kohtaan. Nähdäkseni nimenomaan Pirjatanniemen tutkimuksesta ilmenevä kriminaalipoliittisuuden ongelma on juuri siinä, että tavoiterationaali sääntelystä lähtevä ajattelu leimaa hyvin vahvasti myös lainkäyttöllistä ja lainopillista säännösten tulkintaan ja systematisointiin liittyvää toimintaa. Yritän seuraavaksi konkretisoida, mitä tarkoitan.

Pirjatanniemen tutkimus liittyy jo alaotsikkonsa puolesta ympäristökriminalisointeihin – niiden oikeutukseen, mahdollisuuksiin ja rajoihin. Tutkimuksen asiasisällön puolesta on jo edellä käynyt selväksi, ettei tutkimus rajoitu pelkkiin kriminalisointeihin, vaan rikosoikeuden yleiset opit – ja ylipäänsä koko rikosoikeus – ovat keskeisessä roolissa⁴⁵². Koko rikosoikeutta käsitellään kuitenkin kriminalisoinneista lähtien. Ennen kaikkea tämä liittyy tavoiterationaalis-yleispreventiiviseen ajatteluun. Pirjatanniemi toteaa suoraan, että ympäristönsuojelullisiin tavoitteisiin voi pyrkiä vain rikosoikeus, joka perustuu ajatukseen yleispreventiivisistä vaikutuksista. Tästä huolimatta Pirjatanniemi myöntää yleispreventiivisen ajattelun joutuvan ongelmiin yksittäistapauksia ratkaistaessa ja toteaa peräti naiiviksi väittää, ettei rangaistuksen tuomitsemiseen lopulta liittyisi myös koston ja sovituksen elementtejä.⁴⁵³ Ongelman ratkaistakseen Pirjatanniemi turvautuu jo edellä käsiteltyihin strategioihin; hän toteaa rikosoikeudellisen järjestelmän eri tasoilla vaikuttavan erilaisia painotuksia sekä erottaa rikosoikeuden tavoitteen (ihmisten ei-toivotun käyttäytymisen ehkäisy) ja rangaistusten käytön, joista jälkimmäiseltä edellyttää vielä omaa erillistä legitimaatiotaan. Tältäkin osin legitimaatio löytyy sanktiovarmuudesta eli yleispreventiosta; tunnusmerkistöjen ehkäisevä teho rapautuu, jollei niiden rikkomisesta tosiasiaa rangaista.⁴⁵⁴ Lopulta legitimaatio jää kuitenkin vajaaksi, minkä johdosta Pirjatanniemi pitää rikosoikeustutkimukseen kuuluvaa ”anteeksipyytelyn traditiota” tärkeänä. Modernissa sivistyneessä yhteiskunnassa rangaistusjärjestelmän oikeutus rakentuu oletukselle

⁴⁵¹ Pirjatanniemi 2005 s. 31, 57, 168, 211–212 ja 369–370. Ympäristö on Pirjatanniemen mukaan tuotava ”mukaan järjestelmää, mutta tavalla, joka kunnioittaa rikosoikeuden peruslähtökohtia” (s. 25). Ks. myös Pirjatanniemen jo vuonna 2001 julkaisema *Ympäristörikokset*-teos (2001) s. 40 ja 48–49, jossa Pirjatanniemi jo sitoutuu varsin tiukasti laillisuusperiaatteeseen.

⁴⁵² Kuten vastaväittäjä Träskman 2006 s. 481 huomauttaa, Pirjatanniemi tarkastelee ympäristökriminalisointien sijaan oikeastaan koko rikosoikeusjärjestelmän oikeutusta, mahdollisuuksia ja rajoja.

⁴⁵³ Pirjatanniemi 2005 s. 228 ja 236–237.

⁴⁵⁴ Pirjatanniemi 2005 s. 236–237 ja 323–324.

järjestelmän yleispreventiivisestä vaikutuksesta. Yksittäisen rangaistuksen kohdalla prevention sitoutunut tavoitesuuntautunut järjestelmä joutuu kuitenkin vaikeuksiin; miksi yksilö olisi asetettava vastuuseen siitä, että yleispreventiivinen vaikutus ei onnistunutkaan? Jäljelle jää lopulta jännite, jossa ympäristörikosoikeuden tavoitteet on suodatettava laillisuuden ja syyllisyyden periaatteita kunnioittaen osaksi rikosoikeutta.⁴⁵⁵ Yleisprevention osalta joudutaan vaikeuksiin myös sikäli, että sen tosiasiallista toimivuutta on äärimmäisen vaikea todentaa. Pirjatanniemi toteaa suoraan järjestelmän oikeutuksen jäävän tältä osin oletusten varaan, minkä hän katsoo voitavan nähdä myös ”vapauttavana elementtinä” – rikosoikeus ei ole ikuinen totuus, vaan meillä on vapaus kysyä, tarvitaanko sitä todella?⁴⁵⁶

Nähdäkseni Pirjatanniemi käsittelee yleispreventiota, siihen liittyvät ongelmat mukaan lukien, poikkeuksellisen avoimesti. Myös ajatus ”anteeksipyytelyn traditiosta” sekä ratkaisemattomasta jännitteestä tulevat lähelle omaa näkemystäni rikosoikeudelle tärkeästä *huonosta omastatunnosta* ja eräänlaisesta *pessimismistä*. En ole kuitenkaan täysin vakuuttunut siitä, kunnioittaako Pirjatanniemi sittenkään tunnistamaansa jännitettä. Lopulta hänen tutkimuksensa rakentuu melko lailla yksinomaan yleisprevention varaan; ”moderni sivistynyt rangaistusjärjestelmä” ei voi muuta kuin olettaa yleispreventiivisen hyödyllisyytensä. Itselleni tämä ei kerta kaikkiaan merkitse ”vapauttavaa elementtiä” – enkä jaksa uskoa vaikkapa rangaistusta kärsivän henkilön kokevan vapautuneisuutta siitä, että hän kyllä saa kyseenalaistaa järjestelmän, joka rankaisee häntä perusteenaan se, että rankaiseminen halutaan uskoa *hyödylliseksi*. Mielestäni on paljon rehellisempää kertoa kärsivälle yksilölle häntä rangaistavan, koska tämän uskotaan olevan *oikein, ja ehkä jopa* hyödyllistä.

Jo mainitussa pohjoismaisten rikosoikeus- ja rikosprosessioikeustutkijoiden sekä kriminologien Turussa 22.8.2019 järjestetyssä seminaarissa pitämässään keynote-puheenvuorossa⁴⁵⁷ Pirjatanniemi kertoi vastaväittäjä Träskmanin todenneen väitöstilaisuudessaan, ettei tuomarikunnan tulisi lukea Pirjatanniemen tutkimusta työhuoneessa, vaan kesämökillä. Pirjatanniemi arvioi Träskmanin näkemyksen liittyneen työn vahvaan ”de lege ferenda -painotukseen”, mikä varmasti pitää Träskmanin julkaistun lausunnonkin valossa paikkansa⁴⁵⁸. Olen edellä pyrkinyt osoittamaan, että tutkimukseen sisältyy kuitenkin myös paljon olennaisempi piirre, minkä johdosta juuri lainkäyttäjän olisi syytä suhtautua pidättyväisesti sen käyttämiseen työnsä tukena. Kyse on siitä, että koko rikosoikeutta koskeva argumentaatio rakennetaan kriminalisointien, tavoiterationaalisuuden ja yleisprevention varaan⁴⁵⁹. *Lakien* (kriminalisointien) säätäminen on tavoitteellista toimintaa, mihin *oikeus* ei kuitenkaan tyhjenny.

⁴⁵⁵ Pirjatanniemi 2005 s. 369–370. ”Anteeksipyytelyn traditio” tulee lähelle Hirvosen 1994 s. 83–88 ajatusta ”huonon omantunnon periaatteesta” sekä edellä esittämiäni omia pessimismisiä koskevia pohdintojani.

⁴⁵⁶ Pirjatanniemi 2005 s. 254–255. Pirjatanniemen mukaan yleisprevention toiminnasta yleisesti saatavat tutkimustulokset puhuvat kuitenkin enemmän prevention puolesta kuin sitä vastaan.

⁴⁵⁷ Otsikkona oli kokonaisuudessaan ”Whose Rationality? Whose Humanism? A Human Rights Perspective on Nordic Criminal Policy”. Valitettavasti otsikon lupaamaan – ja mitä mielenkiintoisimpaan – kysymykseen siitä, mitä ”rationaalisuus” ja ”humaanisuus” itse kellekin ja milloinkin merkitsevät ei esityksessä juuri ehditty. Jotain hyvin olennaista Pirjatanniemi kuitenkin ehti todeta: rationaalisuudesta ja humanisuudesta puhuttaessa olisi hyvä miettiä myös sitä, kuka puhuu ja kuka ei (, ja ketä ei edes kuunnella). Esim. perus- ja ihmisoikeudet eivät itsessään takaa rikosoikeudelle rationaalisuutta ja humanisuutta, eikä nykyisen kritisoinnin merkitse automaattisesti irrationaalisuutta tai epähumanisuutta – mitä näillä sanoilla sitten ikinä tarkoitetaankaan...

⁴⁵⁸ Ks. Träskman 2006 erit. s. 484–486.

⁴⁵⁹ Samantapaisesti silloinen vastaväittäjä Lahti 1987 s. 715 huomauttaa niin ikään Lappi-Seppälän nojaavan väitöskirjassaan rangaistuksen mittaamisperusteiden kehityksensä nimenomaan *lainsäädäntötasoa* koskevaan tavoiterationaalisuuteen lainsäätäjän ja tuomarin näkökulmien erottelun jäädessä Lahden mielestä useassa kohdin epämääräiseksi. Vrt. Pirjatanniemi 2007 s. 1100–1101, jossa Pirjatanniemi kansainvälisen ja kansallisen rikosoikeuden erilaisia rangaistusteoreettisia lähtökohtia tarkastellessaan

Edellinen muutamien kriminaalipoliittisesti tavalla tai toisella suuntautuneiden kirjoittajien käsittely luo kuvan metodisesti varsin hajanaisesta ja monimutkaisesta kentästä, jossa olennaisia teemoja ovat kotimaisessa keskustelussa olleet ainakin: monitieteisyys (etenkin empiirisyyden mukaan tuominen rikosoikeuteen), ongelmalähtöisyys, sisällöllinen oikeudenmukaisuus, tyyppitapaussajattelu, yleispreventio, ideologia, teleologia ja ylipäänsä jonkin tavoittelemine – *tavoiterationaalisuus*. On selvää, että eri kirjoittajat painottavat kyseisiä teemoja eri tavoin ja lisäksi itse teemat merkitsevät eri kirjoittajille hieman eri asioita. Esimerkiksi Essi Kinnunen päivittelee väitöskirjassaan ”*ongelmakeskeisyyteen* tai -*lähtöisyyteen*” liitettyjä mitä erilaisimpia merkityksiä todeten tästä puhuttavan tyyppillisesti uusien oikeudenalojen ja tutkimusnäkökulmien kohdalla. Kinnunen viittaa tältä osin Urpo Kankaan väitöskirjaan sekä Raimo Lahden kirjoitukseen, joista ensimmäinen näyttäisi ymmärtävän ongelma-keskeisyyden ennen kaikkea oikeudenalarajojen ylittämisenä ja jälkimmäinen puolestaan tieteenalarajojen ylittämisenä.⁴⁶⁰ Kinnunen itse ei pidä ongelma-keskeisyyttä erityisenä *tutkimusmenetelmänä*, vaan pikemminkin ”yhteistyöhakuisuutena” suhteessa muihin tieteen- ja oikeudenaloihin sekä yhteiskunnalliseen keskusteluun. Lopulta Kinnunen korostaa terminologisen epäselvyyden yleisen tason ratkaisemisen sijaan ”ongelmakeskeisyyden” määrittelyä nimenomaan omassa tutkimuksessaan – yksinkertaisesti sen täsmentämistä, mitä sillä juuri kyseisessä tutkimuksessa tarkoitetaan.⁴⁶¹

Kaiken edellisen valossa ”kriminaalipoliittisesta orientaatiosta” näyttäisi ainakin rikoslainopin saralla olevan mahdollista eritellä karkeasti kolme erityyppistä suuntausta:

- 1) Monitieteisyyttä korostava perinne, jossa ”sisäänpäin kääntynyttä” oikeusdogmatiikkaa pyritään rikastamaan paitsi eri oikeudenalojen myös eri tieteenalojen taholta tulevilla vaikutteilla – ennen kaikkea empiirisellä tiedolla.⁴⁶²

korostaa sen tärkeyttä, ettei kansainvälisestä rikosoikeudesta kumpuavia sovitusteoreettisia impulsseja siirrettäisi suoraan yleisprevention varaan rakentuviin kansallisiin konteksteihin. Kansainvälinen rikosoikeus kun rakentuu Pirjatanniemen mukaan siinä määrin poikkeuksellisten ominaispiirteiden varaan, että asian jääminen huomaamatta saattaisi kansainvälisen ja kansallisen välisessä vuorovaikutuksessa johtaa ”yleisprevention suhteellistumiseen” kansallisen rikosoikeuden taholla. Tämänkaltaisen ajatus ”hallitusta vuoropuhelusta” loistaa kuitenkin Pirjatanniemen väitöskirjassa poissaolollaan koskien siis kriminalisointien ja lainkäytön niin ikään toisistaan poikkeaviin rangaistusteoreettisiin lähtökohtiin perustuvia tasoja.

⁴⁶⁰ Kinnunen 2012 s. 12–14. Urpo Kankaan väitöskirja *Lesken oikeudellinen asema* (1982) on jo esiteltyn Lahden tekstin lisäksi keskeinen kotimainen tutkimus, jonka nimiin ”ongelmakeskeinen lainoppi” on tapana (etenkin siviilioikeuden puolella) laittaa. Ks. esim. Kangas 1997 s. 92–94, missä hän kertoo asiaa koskevasta ”metodisesta valaistumisestaan” painottaen nimenomaan oikeusjärjestyksen näkemistä kokonaisuutena. Kaiken ytimenä on pelkästään oikeusjärjestyksen eri osa-alueilla tapahtuvan tarkastelun sijaan pyrkiä systematisoimaan kokonaisuus valitun peruskysymyksen (esim. *lesken oikeudellinen asema*) suhteen. Kyse on oikeudenalarajojen ylittämisestä. Ks. vastaavasti Anna Mäki-Petäjä-Leinosen väitöskirja *Dementoituvan henkilön oikeudellinen asema* (2003), jossa liikutaan (vastaväittäjä Wilhelmssonin mielestä jo turhankin) monilla eri oikeudenaloilla (Wilhelmsson–Tuori 2003 s. 1042–1045). Esim. Määttä 2016 s. 204 katsoo ”ongelmakeskeisen tutkimusotteen” merkityssisällöltään siinä määrin vakiintumattomaksi, että neuvoe koko termin välttämistä opinnäytetoita luonnehdittaessa. Kaarlo Tuori puolestaan huomauttaa, ettei ongelma-keskeisessä lainopissa ole niinkään kyse varsinaisesta tutkimusmenetelmästä, vaan pikemminkin tavasta rajata tutkimuskohde ja määrittää tutkimuskysymys (Wilhelmsson–Tuori 2003 s. 1149–1150).

⁴⁶¹ Kinnunen 2012 s. 14. ”Yhteistyöhakuisuus” liittyy moderniin oikeustieteelliseen keskusteluun, jossa Kinnunen toteaa korostettavan sitä, kuinka entistä useammat oikeudelliset ongelmat eivät paikannu vain yhdelle oikeudenalalle. Esim. juuri Kinnusen tutkimuksen kohteena olevassa urheilussa monia ongelmia on mahdotonta yrittää sovittaa valmiiseen oikeudelliseen ”laatikkokoleikkiin”. (s. 94–95 ja 105–107) Vaikka Kinnusen oma tutkimus tuottaa tutkimustuloksia vain oikeustieteen alueella, hyödyntää hän vertailupohjana ja keskustelukumppaneina niin liikuntatieteellistä tutkimusta, urheilu sosiologiaa ja -etiikkaa, oikeussosiologiaa kuin yhteiskuntatieteellistä tutkimustakin (s. 17–19).

⁴⁶² Tältä osin voisi ehkä puhua Tolvasta 1999 s. 160–175 sekä Backmania 1992 s. 19, 210 ja 313 seuraillen ”pohjoismaisesta realismista” tai ”realistisesta rikosoikeustutkimuksesta”, jossa olennaista on pyrkimys lähestyä menetelmällisesti kriminaalipoliittista ja kriminologista tutkimusta ja näin muodostaa integroitu kriminaalitieteiden kokonaisuus (”die gesamte Strafrechtswissenschaft”).

2) Oikeuden funktionaalisuutta korostava perinne, joka painottaa oikeuden sisällöllistä puolta tuomalla erilaisia tavoite- ja arvonäkökulmia mukaan oikeudelliseen päätöksentekoon ”käytännöllisen kriminaalipolitiikan” huomioimisen kautta.⁴⁶³

3) Jonkinlaisen ideologisen muutoksen ajamiseen keskittyvä (ja tätä kautta vallitsevaan *kriittisesti* suhtautuva) perinne.⁴⁶⁴

Jonkinlaisena yhdistävänä piirteenä voitaneen kaikissa edellisissä pitää *sisällöllisen* oikeudenmukaisuuden painotusta. Tämä sisältö voidaan saada: 1) muista (usein siis empiirisistä) tieteistä, 2) yhteisöllisestä politiikasta tai 3) yksilöllisemmästä tutkijan ideologiasta – joka tapauksessa kuitenkin jostain oikeuden ulkopuolelta. ”Kriminaalipoliittinen orientaatio” onkin helppoa asemoida jonkinlaiseksi vastavoimaksi oikeuden sisäisen systematiikan kanssa askartelulle – oikeuden pelkistämiseen *muodolliseksi* oikeudenmukaisuudeksi. Kyse on länsimaista oikeutta kautta aikain vaivanneesta sisällön ja muodon välisestä ongelmasta⁴⁶⁵, jota myös kappaleen alkuun sijoitetut Zimmerl- ja Nuutila-viittaukset julistavat. Yhdelle olennaista on oikeuden *järjestelmällisyys* – toiselle tällainen jää yhdeksi ja samaksi kaoottiseksi taikuudeksi niin kauan kuin oikeutta ei sidota enemminkin *sisältöön*.

Vastakkainasettelua havainnollistaa myös Dan Fränden kirjoitus *Straffrättsdogmatik och kriminalpolitik* (1985), jossa Frände pyrkii helpottamaan dogmatiikan ja politiikan välillä käytävää keskustelua selventämällä niin ”dogmatiikan” kuin ”politiikankin” käsitteitä, joiden katsoo rikosoikeuden saralla käyneen turhan laveiksi ja epämääräisiksi⁴⁶⁶. Monella tapaa omaakin rikosoikeudellisia trendejä koskevaa erittelyäni muistuttavassa esityksessään Frände näyttäisi lopulta päätyvän painottamaan nimenomaan dogmatiikkaa, jonka hän toteaa lopulta niin kriminaalipolitiikan kuin sen eräänlaisena lopputuotteena syntyvän lainsäädännönkin *Vorverständnikseksi*⁴⁶⁷. Käyn seuraavaksi pelaamaan edellä hahmottelemaani kriminaalipoliittisen orientaation trendiä dogmaattista yleisiä oppeja painottaneeseen trendiin, joista jälkimmäistä myös Frände mielestäni edustaa.

2.2.2 Yleiset opit ja dogmatiikka

2.2.2.1 Yleistä

Muun ohella oikeudellisia systematisointeja koskevaa historiallista vertailua tehnyt Pia Letto-Vanamo on todennut useammassa yhteydessä yleisten oppien olevan kotimaisessa juridisessa kirjallisuudessa selvästi tärkeämmässä roolissa kuin vaikkapa muissa Pohjoismaissa. Yleisillä opeilla Letto-Vanamo tarkoittaa erilaisia (yleisemmän tason) käsitteitä ja periaatteita. Yleisten oppien keskeisen roolin suhteen Letto-

⁴⁶³ Tältä osin olennaisena taustavaikuttajana on se Suomessa ennen kaikkea Ari-Matti Nuutilaan henkilöityvä saksalaisperäinen funktionalismi, johon tullaan tässä tutkimuksessa vielä palaamaan useampaan kertaan. ”Käytännöllinen kriminaalipolitiikka” viittaa rikollisuuskysymystä koskevaan yhteiskunnalliseen päätöksentekoon erotuksena tieteelliseen tutkimukseen perustuvasta ”tieteellisestä” kriminaalipolitiikasta (erottelua hyödyntää Tapani 2004 s. 71, samoin jo aiemmin Frände 1985 s. 10–21).

⁴⁶⁴ Tältä osin voitaisiinkin puhua vaikkapa ”ideologisesta kriminaalipolitiikasta” tai ”ideologis-kriittisestä lainopista”.

⁴⁶⁵ Ks. esim. Hyttinen 2015 s. 9 ja 90, joka huomauttaa rikosoikeutta leimaavan tältä osin vahva lähtökohtainen sitoutuminen lakipositivistiseen traditioon, joka siis ainakin muiden oikeudenalojen näkökulmasta kääntää sitä formalistiseen *muotoa* painottavaan suuntaan. Hyttinen itse osallistuu väitöskirjallaan edellä mainittuun ikuisuuskysymykseen yrittämällä sovittava arvosenstiivisiä (ja siis ennen kaikkea sisällöllisiä) perus- ja ihmisoikeuksia osaksi formalistista ennakoitavuutta painottavaa rikosoikeutta (s. 17–21).

⁴⁶⁶ Frände 1985 s. 9–10.

⁴⁶⁷ Frände 1985 s. 49. Frände näyttäisi pelkistävän kriminaalipolitiikan ylipäänsäkin lähinnä lainsäädännön luomiseen ja muuttamiseen (erit. s. 26–27).

Vanamo viittaa oikeustieteen vahvaan asemaan suomalaisessa oikeuselämässä sekä tämän oikeustieteen silmiinpistävään teoreettisuuteen. Myös oikeustieteellisen koulutuksen ydin – ainakin tohtoritasolla – liittyy juuri yleisiin oppeihin, joihin ajatellaan kiteytyvän paitsi kunkin oikeudenalan identiteetti myös mahdollisuudet. Lisäksi Letto-Vanamo nostaa esiin systematisoinnin, jonka saralla kunnostautuneen saksalaisen oikeustieteen vaikutus on Suomessa kestänyt kauemmin kuin muissa Pohjoismaissa. Suomalaisesta näkökulmasta (muut) pohjoismaiset kannanotot näyttävätkin Letto-Vanamon mukaan helposti varsin pragmaattisilta.⁴⁶⁸ Letto-Vanamon tarkastelu rakentuu tältä osin ennen kaikkea Pöyhösen, Tuorin ja Wilhelmssonin klassikkoteosten varaan, eikä ulotu juuri rikosoikeuden puolelle.

Rikosoikeuden näkökulmasta koko ennen kaikkea ehkä siviilioikeudelle tyypillinen keskustelu käsitelainopista – ja yleensä siis sen vanhanaikaisuudesta ja typeryydestä⁴⁶⁹ – on hyvin vieras. Raimo Siltala määrittelee käsitelainopin yhdeksi keskeisteesiksi ajatuksen oikeudellisten peruskäsitteiden aukottomasta systeemisestä jäsenyyksestä, johon yksittäinen oikeudellinen soveltamisongelma tulisi voida sijoittaa ennen kuin oikeudellinen tulkinta ylipäätään on mahdollinen. Kyse on Siltalan mukaan oikeudellisen ilmiön ”systeemisen sijainnin” (tai *oikeudellisen systeemi yhteyden*) määrittämisestä. Oikeuden systeemisen jäsenyyksen tullessa onnistuneesti lukituksi, kysymykset oikeuden tulkinnasta voidaan ratkaista puhtaasti loogisen päättelyn eli oikeudellisen systeemilogiikan avulla.⁴⁷⁰

Ajatus lainsoveltamistilanteiden ratkaisemisesta yhtenäisesti ja ennakoitavalla tavalla mahdollisimman täsmällisen käsitejärjestelmän avulla, jossa eri käsitteet ovat yhteydessä toinen toisiinsa, ja jossa erilaisten käsitteiden väliset rajanvedot nousevat olennaiseen asemaan, on pitkälti juurikin se *ideaali*, jonka varassa rikoslainoppineet yhä tänäkin päivänä laativat tutkimuksiaan. Erilaisia painotuseroja on luonnollisesti olemassa, mutta esimerkiksi ajatus siitä, että käsitteissä tai edes niistä päättelemisessä olisi jotain itsessään pahaa, lienee suurimmalle osalle yhä nykyisistään rikoslainoppineista käsittämätön. Kotimainen rikoslainoppi uhrasi pitkin 2000-luvun

⁴⁶⁸ Letto-Vanamo 2014 s. 1044–1045 ja Letto-Vanamo 2009 s. 400–407, joka (Lars Björnen tutkimuksiin viitaten) arvelee luonteeltaan ”epäpoliittisen” saksalaisperäisen käsitelainopin sopineen suomalaisen autonomian ja sisällissodan ajan poliittis-yhteiskunnalliseen ilmastoon. Käsitteet eivät toki vielä nykyisinkään ole käyneet merkityksettömiksi, vaikkakin ovat saaneet seurakseen oikeuseriaatteet. Ks. myös esim. Siltala 2003 s. 337 ja Backman 1992 s. 179, 242 ja 436–437. Ks. myös Tolonen 1997 s. 294–295), joka toteaa kotimaisessa oikeusteoriassa korostetun säännönmukaisesti yleisten oppien merkitystä aina Otto Brusiinista lähtien. Ks. vielä Wilhelmsson 2003 s. 32–34, joka huomauttaa etenkin uudemmassa kotimaisesta oikeustieteestä löytyvän useita esimerkkejä myös siitä, kuinka tietynlaista vallankäytöllistä strategiaa on pyritty toteuttamaan nimenomaan yleisiä oppeja muotoilemalla. Huomionarvoista on myös se, kuinka Wilhelmsson katsoo aiheelliseksi selittää pohjoismaiselle lukijakunnalleen mitä ”yleisillä opilla” ymmärtää selvästi tarkemmin, kuin mihin vahvasti saksalaiseen traditioon juurtuneelle suomalaiselle juristikunnalle kirjoitettaessa olisi tarvetta.

⁴⁶⁹ Helin 2017 s. 902 toteaa käsitelainopin tulleen siviilioikeuden osalta jo 1980-luvulle tultaessa siinä määrin moneen kertaan henkivieroksi, ettei siitä ollut enää edes innostavaksi vastustajaksi uusia tuloksia tavoitteleville tutkijoille. Tuori 2007a s. 78 arvelee koko termin ”käsitelainoppi” alun perin arvostelijoiden käyttämäksi ja negatiivisesti väärittyneeksi ilmaukseksi. Ks. myös Samuelsson 2008 s. 289; ”Vad distinktionen begreppsjurisprudens/realism egentligen utsäger är, att man antingen kan tänka som vi gör, eller tänka gale.” Erilaisista käsitelainopin, tai ylipäätään ”formalismen”, tulkintoista ks. myös Malmsten 2016 s. 5–10 ja 13–21.

⁴⁷⁰ Siltala 2003 s. 94–95, 337, 532–533 ja 540. Siltala katsoo myöhempien kriittisen oikeusopin suuntausten (sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeustutkimus, oikeuseriaatteiden punnintamalli, kriittinen oikeuspositivismi, *reella överväganden* - juridiikka, perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi) riitauttaneen kukin omien perusteiden nojalla juuri käsitelainopin (ja myös analyttisen oikeustieteen) idean abstrakteista ja yleisistä oikeuskäsitteistä, jotka olisivat formalisoitavissa oikeudelliseksi systeemiksi ja johon yksittäiset oikeudelliset ratkaisut voitaisiin palauttaa. Tällaisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoitesidonnaisiin oikeuseriaatteisiin sitoutuneen lainopin suuntauksen teoreettisten lähtökohtien hyväksyminen johtaa aidosti tilannesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan hyväksymiseen, jolloin samalla on hylättävä ajatus yhdestä oikeasta ratkaisusta. (s. 95–96) Ks. käsitelainopin tiedemallista myös Helin 1988 s. 338. Helin katsoo Suomessa seuratun ”positiivista oikeutta kunnioittavaa käsitelainoppia”, jossa systemaattisin argumentein ei ollut lupa päätyä lain vastaisiin tuloksiin, mutta lain vaitetusta vastaus oli ensisijaisesti pyrittävä etsimään systeemiä. Lopulta varsinainen ”käsitteistä päättely” jäikin Helinin arvion mukaan melko varovaiseksi ja harvinaiseksi. (s. 317 ja 320) Ks. vielä Aarnio 2006 s. 243, joka huomauttaa ns. analyttisen oikeustieteen merkinneen aiempaan käsitelainopilliseen suuntaukseen nähden itse asiassa aiempaa suuremman merkityksen antamista käsitteiden tarkkuudelle.

taitetta merkittävän osan (muutenkin vähäisistä!) resursseistaan kiistaan siitä, mitä on ”dolos eventualis” –, ja aihetta koskeneen (joskin lopulta puolitiehen jääneen) legaali-määritelmän valmistuttua siitä, mitä merkitsee ”olosuhdetahallisuus” ja ”varsin todennäköisenä” pitäminen.⁴⁷¹ Keskustelu on ollut äärimmäisen merkityksellinen suomalaiselle rikosoikeudelle siitä yksinkertaisesta syystä, että suurin osa rikostunnusmerkistöistämme (ainakin siis rikoslain tasolla) edellyttää rangaistavuudelta *tahallisuutta*, mikä puolestaan on sidottu (joko rikoslain tai KKO:n oikeuskäytännön tasolla) todennäköisyystahallisuusmalliin ja ”varsin todennäköisenä” pitämiseen. Rikoslainoppinut joka ei ole kiinnostunut ”dolos eventualiksesta” on joko rajannut kiinnostuksen kohteensa harvinaisen suppeiksi tai edustaa jonkinlaista vaihtoehtoista suuntausta, josta puolestaan kovin moni muu ei liene kiinnostunut. Jos sen sijaan haluaa tietää, missä rikosvastuun rajat Suomen voimassa olevassa rikosoikeudessa liikkuvat, on yksinkertaisesti omattava edes jonkinlainen ymmärrys siitä, mitä dolos eventualis merkitsee.

Erilaisten käsitteiden määrittely yhä uudelleen ja uudelleen on rikoslainopin tapa käydä keskustelua rikosoikeudellisista kysymyksistä⁴⁷². Tämä perustuu rikosoikeudessa korostuneisiin oikeusturvavaatimuksiin, joita edustaa muodollisen oikeudenmukaisuuden näkökulmasta rikosoikeudellinen laillisuusperiaate. Koko oikeudenalan ehdottomana lähtökohtana on ajatus siitä, ettei ihmisiä rangaista ilman lakia, jonka sisällöstä he vieläpä voivat ainakin suunnilleen saada etukäteistä tietoa, ja jonka soveltaminen tapahtuu eri lainkäyttäjien toimesta ainakin suurin piirtein samalla tavoin, ilman valtavia yllätyksiä. Rikosoikeudellista keskustelua leimaa aina tietty *vakavuus*, joka liittyy siihen, että pahimmassa tapauksessa se johtaa syyttömän yksilön altistumiselle tarkoitukselliselle kärsimyksen aiheuttamiselle väkivaltamonopolia käyttävän ja resursseiltaan ylivoimaisen valtiovallan taholta. Ja kuten Aulis Aarnio huomauttaa, ”(o)n erinomaisen hankalaa käydä vakavaa keskustelua, jos käsitteellinen tarkkuus, joka on aina ollut ihmisen ajattelua eteenpäin vievä voima, ei ole suosiossa”⁴⁷³.

⁴⁷¹ Keskustelusta pääsee melko hyvin kärryille lukemalla Tatu Hyttisen yhteenvedon aihetta koskevista viimeisimmistä kannanotoista 2010-luvulla (Hyttinen 2016 s. 917–918, erit. alav. 16) ja Kimmo Nuotion hieman laajemman selvityksen todennäköisyystahallisuuden ”tilasta ja tarinasta” (Nuotio 2017, erit. s. 973–978). Otsikottasolla ehdottomia huippukohtia ovat ainakin Dan Fränden artikkeli *Onko viimeinen sana sanottu olosuhdetahallisuudesta?* (Frände 2010) sekä Jussi Tapanin *Olisiko nyt sanottu viimeinen sana olosuhdetahallisuuden alarajasta?* (Tapani 2012).

⁴⁷² Ks. esim. Nuotio 1998 s. 93 ja 108–109, joka toteaa systematisoinnin ja teorianmuodostuksen olleen rikosoikeudessa selkeästi enemmän käsitteistön kuin vaikkapa tyyppitapausten systematisointia. Juuri käsitteistö on toiminut tieteellisten väitteiden keskeisenä kohdealueena ja myös teoriat ovat usein koskeneet juuri käsitteiden taustaselitystä ja sisältöä. Muodostettaessa rikosvastuuta koskevia malleja rikosoikeudessa on käsitteiden tasolla joka tapauksessa keskeinen merkitys. Rikosoikeuden tutkimuksessa käsiteläinopilliset piirteet ovatkin olleet pitkään lähes hallitsevia. Jo legaliteettiperiaate edellyttää, että esim. rikosoikeudellisissa sääntelyissä noudatetaan suhteellisen muodollista sääntelylogiikkaa. Ks. myös esim. Lahti 1990 s. 202, joka toteaa kotimaisen rikosoikeusdogmatiikan säilyttäneen vielä 1950-luvulla siviilioikeuden piirissä alkaneesta muutoksesta huolimatta saksalaisen perinteen mukaisen *konstruktivisuutensa* (, jolla Lahti s. 210 viittaa nimenomaan ”käsitteellisyteen”).

⁴⁷³ Aarnio 1994 s. 169. Zacharias Sundströmin väitöskirja *Oikeudenmukainen tuomio* (2011) on havainnollinen esimerkki siitä, mitä rikosoikeuden saralla tapahtuu, kun käsitteiden täsmälliselle käytöllä ei juuri anneta merkitystä. Teoksessa Sundström esittää paitsi provosoivan myös ihan oikeasti hyvinkin tärkeän kysymyksen siitä, onko esim. rikosoikeudellisen tahallisuuden osalta tarpeen operoida käsitteistöllä, jota suuri yleisö tai lautamiehet eivät ymmärrä, ja palveleeko tällainen käsitteistö ensisijaisesti oikeustieteen tarvetta luoda tiedettä vai kriminaalipolitiikan tarvetta syyllistää mahdollisimman tehokkaasti, vai molempia, tai ei kumpaakaan (s. 230–231). Rikoslainopin kannalta kysymykseen vastaaminen kuivuu kokoon heti alkuunsa, koska Sundström ei yksinkertaisesti ole itsekään onnistunut ymmärtämään tahallisuuteen liittyvää käsitteistöä. Juuri tässä (kaiketi *tahattomassa!*) seikassa piilee teoksen rikoslainopillinen arvo. Se on suorastaan performatiivinen esitys sellaisesta epätasallisuudesta, jota keskiverto(kin) rikoslainoppinut on oppinut varomaan. Teoksessa esitettyjen – ja rikoslainopin ”normaaliparadigmojen” valossa älyttömien – ajatuskulkujen selkeä kritisoiminen on vaikeaa, koska edes jollain tapaa normaaliin rikoslainoppiin tottuneen lukijan on usein todella vaikeaa tietää, mitä Sundström väitteillään edes tarkoittaa. Itse onnistuin löytämään tahallisuusopillisen arvion osalta otollisimman kritiikin kohteen s. 109 alav. 258, jossa Sundström puhuu *tahto-, todennäköisyys-, olosuhde-, välinpitämättömyys- ja seuraustahallisuudesta* ”mieltämisasteina”. Ne eivät ole mieltämisasteita. Tahto-, todennäköisyys- ja välinpitämättömyystahallisuus edellyttävät kyllä eriasteista kognitiivista mieltämistä, mutta *erottuvat* toisistaan nimenomaan aivan muiden mentaalis-normatiivisten seikkojen perusteella siten, että ”mieltämisen aste” voi olla kaikkien kohdalla tismalleen samakin. Seuraus- ja olosuhdetahallisuus sen sijaan viittaavat

Ajatus yleisistä opeista liittyy ajatukseen oikeudenaloista ja ylipäänsä *systemaattisesta oikeusjärjestelmästä* tai edes *-järjestyksestä*. Jo puhuminen ”rikosoikeudesta” – erotuksena siis muihin oikeudenaloihin – sisältää helposti implisiittisesti paljon tällaista systemaattista materiaalia. Ajatus oikeudenalajaosta⁴⁷⁴ on vaikkapa suomalaiseseen oikeuskulttuuriin kasvaneelle helposti itsestäänselvyys – vaikkei kyse tietenkään ole minkäänlaisesta absoluuttisesta välttämättömyydestä – kuten ei ylipäänsä mikään oikeuden maailmassa.

Huolimatta edellä mainitusta käsitteelliseen täsmällisyyteen pyrkimisestä, on yleisten oppien kohdalla vaikea sanoa mitään kovinkaan täsmällistä ja *yleistä* edes rikosoikeuden piirissä. Tyypillisesti erilaiset yleisten oppien eri elementtejä tai tehtäviä koskevat erittelyt onkin laadittu erilaisiksi luetteloiksi, joiden osalta ei nimenomaisesti edes pyritä tyhjentävyyteen⁴⁷⁵. Lisäksi on selvää, että yleisten oppien sisältö ja tehtävät vaihtelevat eri aikoina – aivan kuten oikeus ylipäänsä elää ajassa ja yhteiskunnassa.⁴⁷⁶ Hannu Tolonen onkin huomauttanut yleisten oppien sisältävän siinä määrin monenlaisia ja monentasoisia ilmiöitä, että niiden keskinäistä suhdetta on vaikea hahmottaa jonkin yleisen ja yksittäisen näkemyksen tai teorian puitteissa. Kuitenkin niiden voidaan katsoa muodostavan jonkinlaisen oikeusjärjestyksen ja -järjestelmän sisällöllisen rungon, johon yhdistyy elimellisesti arvosidonnaisuus ja myös eräänlainen ”luonnonoikeudellisuus” etenkin oikeusperiaatteiden näyttäytyessä usein pikemminkin epämääräisinä mielipiteinä kuin oikeudellisina normeina. Oikeudellisten periaatteiden ohella Tolonen lukee yleisiin oppeihin oikeussystemaattiset ja oikeudenalakohdaiset peruskäsitteet sekä niin sanotut juridiset teorat.⁴⁷⁷

Rikosoikeuden piirissä tilannetta mutkistaa vielä se, että rikoslaki on rakennettu *yleisen ja erityisen* osan varaan. *Rikoslain yleinen osa* ei ole sama asia kuin *rikosoikeuden yleiset opit*, vaikkakin niillä onkin paljon liittymäkohtia. On selvää, että tämänkaltainen dogmaattis-tekninen keskustelu kääntyy helposti hedelmättömän oloiseksi saivarteluksi. Yhtä selvää kuitenkin on, ettei keskustelun monimutkaisuus tai vaikeatajuisuuskaan vielä itsessään tarkoita, että näin olisi käynyt. *Rikoslain*

tahallisuuden kohteeseen, eikä niillä ole mitään välitöntä tekemistä mieltämisen saati sen asteiden kanssa. Toisena esimerkkinä kvasi-dogmaattisesta käsitteillä operoinnista näitä käsitteitä kunnolla kuitenkin määrittelemättä ks. Vento 1994 erit. s. 223–225 sekä esityksen epätasällisyyttä koskevasta kritiikistä esim. Tapani 2004 s. 11 ja 110, Tolvanen 1999 s. 443, Nuutila 1996 s. 598 alav. 70, Träskman–Utriainen 1994 s. 748–749 sekä Nuotio–Pihlajamäki 1994 s. 400, jotka puhuvat ”oikeusteoreettisen taustalukeneisuuden täydellisestä puuttumisesta” sekä yleisten oppien maailmaan hyppäämisestä paitsi vanhan myös lähinnä ulkomaisen dogmaattisen kirjallisuuden varassa.

⁴⁷⁴ 1800-luvun saksalaisen käsitelainopillisen doktriinin kautta aina roomalaiseen oikeuteen juurensa ulottavasta oikeudenalajaottelustamme ks. Tuori 2004 s. 1197–1199, 1211–1214 ja 1220, joka katsoo huomion siirtyneen viime vuosina koko oikeusjärjestyksen laajuudesta (*totaalisesta*) jaottelusta kohti oikeudenalakohdaisia (*lokaalisia*) tarkasteluja. Kiinnostus oikeudenalajaotukseen ylipäänsä on kuitenkin säilynyt. Lisäksi Tuori huomauttaa ”järjestelmä” voitavan ymmärtää lähinnä luokittelevassa (*klassifikatorisessa*) tai enemmän myös sisällöllisessä (*substantiaalisessa*) mielessä (s. 1200–1201). Tuori itse painottaa juuri yleisten oppien merkitystä eri oikeudenalojen *identiteetin* takaajina (s. 1202–1203).

⁴⁷⁵ Nimenomaan rikosoikeuden osalta esim. Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 s. 10 luettelevat yleisiin oppeihin kuuluviksi: rikosoikeudelliset oikeusperiaatteet, teorat, käsitejärjestelmän, oikeuslähdeopin ja oikeudelliset metodit sekä yleiset säännökset rikoksista, rangaistuksen määräämisestä ja eräistä muista rikoksen oikeusvaikutuksista (ks. samansuuntaisesti myös Tapani 2006b s. 438 sekä Tapani 2008 s. 627, jossa nostetaan esiin myös juristin ammatillista ja reflektiivistä itsetuntemusta muovaavat elementit). Esim. Lappi-Seppälä 2003 s. 752 toteaa yleiset opit oikeustieteen kehittämäksi järjestelmäksi, jonka perustehtävänä on vastuuheitojen sisällön ja keskinäisten suhteiden tämentäminen johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi. Rikosoikeudellinen käsitteistö on tietysti jäsennettävissä usein eri tavoin, mistä hyvänä esimerkkinä ovat teoreettisen rikoslainopin kehittämät keskenään kilpailevat rakennepit.

⁴⁷⁶ Esim. Tuori 2002 s. s. 906 erittelee *ainakin* seuraavat tehtävät, joiden keskinäiset painotukset ovat historian kuluessa vaihdelleet: 1) systematisointi oikeusjärjestyksen koherenssin takaamiseksi, 2) systematisointi pedagogisessa tarkoituksessa, 3) konstitutiivis-epistemologinen tehtävä, 4) heuristinen tehtävä sekä 5) argumentatiivis-normatiivinen tehtävä. Esim. Wilhelmssonin yleisiä oppeja koskevana keskeisenä teesinähan tunnetusti on se, kuinka modernin hyvinvointivaltion fragmentoituva oikeus edellyttää yleisiltä opeilta nimenomaan uudenlaista roolia ”pieninä kertomuksina”! (ks. esim. Wilhelmsson 2001 erit. s. 233–239)

⁴⁷⁷ Hannu Tolonen 1988/2008 s. 17–19.

yleinen osa on lainsäätäjän työn tulosta ja merkitsee jo PL 2 ja 3 §:ien nojalla valtiovaltaa käyttävän ylimmän auktoriteetin tahdonilmausta, jota kaikessa julkisessa toiminnassa – rikosoikeudessa aivan erityisesti (PL 8 §) – on tarkoin noudatettava – pitkälti sisällöllisestä laadustaan riippumatta. *Rikosoikeuden yleiset opit* ovat rikosoikeustieteen piirissä syntyneitä lainopillisia malleja, jotka eivät nauti juuri minkäänlaista yhteiskunnallisen auktoriteetin statusta, vaan joiden noudattaminen riippuu siitä, miten hyvin ne onnistutaan perustelemaan – ja muun muassa sitomaan lainsäädäntöön ja muihin auktoritatiivisiin oikeuslähteisiin. Se, että lainsoveltaja ei ymmärrä soveltaa RL 4:2:n kieltoerehdystä tilanteeseen, johon se soveltuisi, merkitsee virkaa toimittavan lainkäyttäjän taholta virkavirhettä, ja rikoslainoppineenkin taholta virhettä. Se, että joku jättää soveltamatta sosiaaliadekvanssia tai teon huolimattomuutta koskevia rikoslainopillisia teorioita ei merkitse lainkaan samankaltaista ”virhettä”.

Lopulta on tyydyttävä toteamaan yleisten oppien merkitsevän jotain perustavanlaatuaista – *yleistä*. Aulis Aarnio on todennut ”teoreettisen oikeusdogmatiikan” (eli yleiset opit) asiaksi, jonka tason ylläpitoon jokaisen juristisukupolven tulisi uhrata henkistä pääomaansa, ja mikä ei ainoastaan yksittäisiin oikeustapauksiin tai satunnaisiin tulkintatilanteisiin keskittymällä onnistu⁴⁷⁸. Yleisten oppien muotoilu, niillä operoiminen ja ylipäänsä niiden pohtiminen edellyttää abstraktia – *teoreettista* – ajattelua, jossa on kyettävä huomioimaan valtava määrä asioita yhdellä kerralla. Esimerkiksi eri oikeudenalojen yleiset oikeusperiaatteet kokoavat yksittäisille sääntelyille yhteisiä sisällöllisiä lähtökohtia ja perustuvat tässä mielessä eräänlaiseen oikeudelliseen yleistykseen, induktioon⁴⁷⁹. Kaikki yleisiä oppeja koskevat kannanotot ovat haastavia, koska ne koskevat yleensä suurta määrää mahdollisesti hyvinkin erilaisia yksityiskohtaisempia seikkoja. Yleisten oppien merkitys liittyy nimenomaan näihin *systemaattisiin* sidoksiin – *muotoon*⁴⁸⁰. *Sisällöllinen* puoli tulee mukaan vasta siinä vaiheessa, kun aletaan keskustella yleisten oppien asiasisällöstä. Yleisissä opeissa yhdistyy *abstraktisuus*, *teoreettisuus* ja *systemaattisuus*. Niiden ajattelu on raskasta ja hidasta ja niitä koskevien perusteltujen näkemysten muodostaminen vaatii yksinkertaisesti ”kypsyttelyä”. Juuri tässä piilevät sekä niiden edut että ongelmat.

Ja juuri tähän kiteytyy jo sivuttu Zimmerlin ja Nuutilan välinen (ainakin siis valitsemieni sitaattien tasolla ilmenevä) näkemysero. Zimmerlille rikoksen rakenneoppi – rikosoikeuden yleisten oppien kruununjalokivi – edustaa *järjestystä*, jonka kautta kaaos muuttuu järjelliseksi ja hallittavaksi. Se edustaa *muodollista*

⁴⁷⁸ Aarnio 1997 s. 45. Tältä osin on hyvä huomata, että päivittäessään oikeuslähdeoppiaan teoksessaan *Tulkinnan taito* (2006 s. 292–299) Aarnio lukee *systeemiperusteet* suoranaisiksi oikeuslähteeksi. Kuten vaikkapa Syrjänen 2008 s. 186–187 huomauttaa, on valinta hieman kummallinen; oikeuden systematiikka kun tuntuisi istuvan paremmin vaikkapa ”oikeudellisen ajattelun elementiksi” tai ”ammattitaitoisen juristin työkaluksi” kuin varsinaiseksi oikeuslähteeksi. Tilanteen kummallisuutta lisää osaltaan se, että oikeustiede sisältyy Aarnion oikeuslähdejaottelussa *sallittujen* lähteiden joukkoon, mutta systeemiperusteet sen sijaan peräti *sitovien* lähteiden joukkoon (s. 190). Tältä osin lienee tyydyttävä huomauttamaan, että oikeuslähteet, niiden hierarkia ja niitä koskevat tulkintaopit muodostavat tiiviin kokonaisuuden. Uskoakseni suurin osa oikeustieteilijöistä mieltäisi kuitenkin erilaiset systeemiperusteet pikemmin oikeudellista tulkintaa ohjaavaksi malliksi kuin varsinaiseksi oikeuslähteeksi.

⁴⁷⁹ Tuori 2000 s. 198.

⁴⁸⁰ Tuorin mukaan oikeusjärjestys saa systemaattisuutensa juuri yleisten oppien avulla. Systemaattisuudella Tuori viittaa yhtäältä sekä konsistenssiin (eli loogiseen ristiriidattomuuteen yksittäisten normien välillä) että koherenssiin (eli edellisen sijaan pikemminkin oikeusjärjestyksen sisällölliseen johdonmukaisuuteen – ”periaatetason johdonmukaisuuteen”). (Tuori 2000 s. 187–188, Tuori 2004 s. 1200 sekä Tuori 2007a s. 107 ja 210) Systematiikassa onkin kyse juuri lauseiden ja käsitteiden *keskinäisestä yhteensopivuudesta* hyväksyttävyyden kriteerinä. Ks. myös Wilhelmsson 2003 s. 33, jossa yleisten oppien rooliksi kiteytetään oikeuden (tai sen osan) muodostaminen systeemiksi – tai ainakin sellaiselta näyttäväksi. Ks. myös esim. Niemi 1998b s. 521–522, 533 ja 537, joka kiteyttää oikeudellisen holismin keskeisimmän ajatuksen truismiksi; ”Kaikki riippuu kaikesta, enemmän tai vähemmän.” Yleinen ja yksittäinen taso ovat Niemen mukaan lopulta vuorovaikutussuhteessa päätelmien teon muodostuessa kehämäiseksi. Oikeustieteen piirissä tätä (Niemen itsensä mukaan hyödyllistä) kehää on yleensä lähestytty hermeneuttisen kehän ajatuksen avulla.

oikeudenmukaisuutta ja kokonaisuuden hallintaa. Nuutilalle pelkkä rikoksen muodollinen rakenne merkitsee sen sijaan mielivaltaa. Nuutila korostaa materiaalistien perusteluiden tärkeyttä – *sisällöllistä oikeudenmukaisuutta*. Kyse on tavallaan vastakkaisista näkökulmista; yhdelle pelkän rakenneopin varassa operointi merkitsee yllätyksellisyyttä – toiselle tällaista edustaa nimenomaan tyyppitapauksilla operointi. Lopulta ristiriita pelkistyy länsimaiselle oikeusajattelulle tyyppillisiksi painotuseroiksi. Todettakoon, ettei minulla ole esittää minkäänlaisia välineitä tämän erottelun ratkaisemiseksi. Tyydyn sen sijaan tarkastelemaan yleisten oppien merkitystä ja pelaamaan sitä ennen kaikkea edellä jo käsiteltyyn kriminaalipoliittisesti orientoituneeseen rikosoikeustieteilemisen tapaan.

Nils Jareborg puhuu rikosoikeudellisesta *systeemistä* hämähäkinseittinä, jonka yhteenkään säikeeseen ei voi kajota aiheuttamatta vähintäänkin värähtelyä myös muualla⁴⁸¹. Myös Otto Brusiin puhuu niin ikään juristihämähäkistä, joka oikeusnormeja analysoidessaan ja systematisoidessaan kehittää ”fiktiivisen järjestelmänsä” loputonta loogillista seittiä (sivuuttaen yhteisönsä taloudellisten rakenteiden ja henkisten virtausten kaltaiset yhteiskunnalliset tosiasiat)⁴⁸². Brusiinin puheenvuoro liittyy keskusteluun niin sanottujen reaalisten argumenttien käytöstä oikeudellisessa argumentaatioissa. Hänelle loogisen systematiikan rakentamiseen uppoutuminen merkitsee tosiasiallisen reaalimaailman unohtamista. Kyse on ”konstruktiivisen” ja ”reaalisen” argumentaation välisestä joko/tai -suhteesta, jossa toisen menestys merkitsee Markku Helinin mukaan toisen kuolemaa; vapaa ja tavoitteellinen argumentaatio ei ole mahdollista lainopissa, jonka omaksumat argumentaation säännöt suosivat systematiikkaan perustuvaa ongelmanratkaisua ja tutkimisen tapaa. Vastaavasti konstruktiivinen argumentointi käy yhtä vaikeaksi tavoiteargumentteja suosivan tieteenkuvan valossa.⁴⁸³

Ajatus kaikenkattavasta hämähäkinseitistä muistuttaa myös Claes Lernestedtin ajatusta klassis-liberalistisen rikosoikeuden omakuvasta saumattomana ja kaikenkattavana kankaana, josta mitään osaa ei voi poistaa, eikä oikeastaan muuttaakaan. Ennen kaikkea yleiset opit merkitsevätkin Lernestedtin mukaan klassis-liberalistisessa rikosoikeusajattelussa eräänlaista vastavoimaa paitsi poliittiselle vallalle myös positiivisen eli säädetyn oikeuden muutoksille.⁴⁸⁴ Vuosikymmenten ajan rakennettua järjestelmää, jossa kaikki liittyy kaikkeen, on ymmärrettävästi vaikea muuttaa. Lähtökohtaisesti kaikki muutosvaatimukset on suhteellisen helppoa leimata vähintäänkin huonosti yhteensopiviksi lukuisiin järjestelmän eri osa-alueisiin. Lisäksi muutos ehdotusten taustalla olevaa rikosoikeudellista ymmärrystä voi aina moittia enemmän tai vähemmän ”pinnalliseksi”. Tutkimuksenteon teesien kohdalla puhuttiin jo *ymmärtävästä kritiikistä*, joka on omiaan latistamaan kritiikkiä; ymmärryksen hankkiminen on työlästä ja aikaa vievää ja kaiken lisäksi johtaa usein siihen, ettei kritisoitavaa ehkä löydykään, ainakaan yhtä paljon kuin miltä aluksi ehkä näytti.

⁴⁸¹ Esim. Jareborg 2006 s. 89. Ks. myös vaikkapa Vikatmaa 1970 s. 340, joka toteaa rikosoikeuden oppirakennelman holistiseksi kokonaisuudeksi, jonka puitteissa kaikki riippuu kaikesta. Aarnio 1989a s. 240 kuvaa puolestaan juridisen tulkintakannanoton heijastumista oikeussysteemin muihin osiin metaforalla veteen heitetystä kivistä, joka aiheuttaa yhä laajenevan sisäkkäisten renkaiden sarjan.

⁴⁸² Brusiin 1938 s. 450.

⁴⁸³ Helin 1988 s. 352 ja 365.

⁴⁸⁴ Lernestedt 2010 s. 85–88, 90 ja 120. Rikosoikeuden mieltämiseen jonkinlaiseksi valmiiksi paketiksi ja kokonaisuudeksi liittyen Lernestedt viittaa kertomukseen kiinalaisen ravintolan perustamispaketista, johon kuuluu kaikki tarvittava verhoista pöytäliinoin (s. 64–65). Mielenkiintoinen esimerkki selvästi ”keskenäisestä paketista” rikosoikeuden saralla on kansainvälinen rikosoikeus. Ks. esim. Kimpimäki 2015a, jossa Kimpimäki lähtee hahmottelemaan ”aukolliseksi ja keskenäiseksi” luonnehtimaansa järjestelmää hallittavaksi kokonaisuudeksi. Kimpimäki vertaa kansainvälistä rikosoikeutta palapeliin, josta puuttuu paloja –, eivätkä kaikki olemassa olevatkaan palaset tunnu täysin sopivan yhteen. Lisäksi palapelin reunat levittyvät tasaisen suorakulmion sijaan vaikeasti hahmotettavasti eri suuntiin. (s. 15)

Yleiset opit ja niihin sisältyvä systemaattisen koherenssin ajatus muodostavat hyvin olennaisen ”hitausvoiman”, joka jarruttaa rikosoikeudellisia muutoksia ja lisää oikeudenalan stabiilitettä⁴⁸⁵. Kaarlo Tuori on todennut modernin oikeuden ajan ilmenevän yleensäkin yksikön sijaan monikossa; se vaihtelee niin eri oikeusjärjestyksen osa-alueiden, tasojen kuin erilaisten oikeudellisten käytäntöjenkin välillä. Modernia oikeutta luonnehtiikin Tuorin mukaan muuttuvuuden ja vakauden dialektiikka, vuorovaikutus.⁴⁸⁶

Toinen yleisiin oppeihin liittyvä ja modernin *fragmentoituvan*⁴⁸⁷ oikeuden maailmassa hyvin olennainen piirre on Tuorin mukaan se, että eri oikeudenalojen voidaan katsoa saavan identiteettinsä pitkälti nimenomaan yleisten oppiensä kautta. Myös tämä liittyy juuri systemaattiseen ajatteluun, jossa eri oikeudenaloja erotellaan niiden keskeisten, perustavanlaatuisten ja siis yleisten ominaispiirteidensä perusteella.⁴⁸⁸ Koherenttia kokonaisuutta ja johdonmukaisia systeemyhteyksiä painottavat *yleiset* opit onkin tavattu nähdä eräänlaiseksi fragmentaation vastavoimaksi. Suomessa erityisesti 2000-luvulla käyty keskustelu ”uusista oikeudenaloista” tarjoaa havainnollisen esimerkin asiasta.

Suhteellisen tuoreeksi ja myös rikosoikeudellisesti kiinnostavaksi esimerkiksi käy Essi Kinnusen väitöskirja *Dopingrikos urheilun ja rikosoikeuden leikkauspisteessä* (2012). Tutkimuksen lähtöasetelmana on modernille oikeudelle usein ominaiseksi katsottu *oikeudellistumiskehitys*, jonka myötä myös rikosoikeudelliset normit ovat levittäytyneet urheilun aiemmin itsenäisenä ja omalaatuisena, muusta yhteiskunnasta erillisenä pidetylle saarekkeelle. Erityisen selvästi tämä on tapahtunut syyskuussa 2002 säädettyjen RL 44:6–8:n dopingrikoksia koskevien rangaistussäännösten muodossa, jotka siis muodostavat Kinnusen tutkimuksen eräänlaisen kohteen. Kinnunen toteaaakin juuri dopingin urheilun ilmiöistä kaikkein voimakkaimmin oikeudellistuneeksi.⁴⁸⁹ Kinnunen luonnehtii tutkimisen tapaansa ”ongelmakeskeiseksi”, minkä hän ymmärtää erityisen metodin sijaan yhteistyöhakuisuudeksi suhteessa muihin tieteen- ja oikeudenaloihin sekä yhteiskunnalliseen keskusteluun. Lähestymistapa on luonteva ”urheiluoikeuden” kohdalla, jota Kinnunen luonnehtii ”vakiintuneiden”

⁴⁸⁵ Rikosoikeudessa vaikuttavista ja ennen kaikkea yleisiin oppeihin liittyvistä ”hitausvoimista” puhuu esim. Nuotio 1998 s. 20. Ulväng 2009 s. 220–221 puhuu puolestaan koherenssivaatimuksesta eräänlaisena rikosoikeusjärjestelmän muuttamisen ”jarrupalana”. Ks. myös vaikkapa Jescheck–Weigend 1996 s. 196, jotka korostavat rikoslainopin osoittavan huomattavaa stabiilisuutta sekä Utriainen 1984 s. 313–314, joka puhuu rikosoikeudellisen dogmaattisen järjestelmän ”säilyttävästä luonteesta”.

⁴⁸⁶ Tuori 2007b s. 13–16. Tuorin tasomallissa yleiset opit kuuluvat oikeuskulttuuriin, joka edustaa eräänlaista kollektiivista ”oikeuden muistia” (Tuori 2000 s. 187).

⁴⁸⁷ ”Myöhäismodernin” oikeuden fragmentaatiosta on puhunut paljon etenkin Thomas Wilhelmsson. Wilhelmssonin mukaan usko ”Suuren kertomukseen” on vaihtunut ”pieniksi kertomuksiksi”. Pienten kertomusten metafora on Wilhelmssonin tapa ylittää myöhäismodernin oikeuden paradoksi, jossa yhtäältä painotetaan konkreettisten tilanteisiin ja toimintoihin liittyvien oikeutta piristävien ratkaisujen tarpeellisuutta, mutta samanaikaisesti kannatetaan laajoja ja perinteisten oikeudenalojen rajoja ylittäviä näköaloja. Metaforan avulla Wilhelmsson pyrkii kuvaamaan oikeuden tosiasiallista kehitystä myös lausumaan normatiivisen ajatuksen siitä, miten juristin tulisi myöhäismodernissa yhteiskunnassa toimia. Kyse on kiinteyden ja ennakoitavuuden sekä tilannesidonnaisuuden ja joustavuuden yhdistämisestä. (Wilhelmsson 2004 s. 206–207 ja 214–217 sekä Wilhelmsson 2001 s. 233–239) Myös Juha Karhu puhuu fragmentaatiosta ja joustavuudesta vastuuoikeuden olennaisina tendensseinä, jotka ovat keskinäisessä vuorovaikutuksessa; voimakas joustavuus merkitsee samalla kasvavaa fragmentaatiota (Karhu 2009 s. 352 ja 359). Kimmo Nuotio toteaa puolestaan fragmentaation ja koherenssin kuuluvan yhteen; fragmentaatio näkyy vain koherenssia tavoittelevassa oikeudessa (Nuotio 2009 s. 1155). Rikosoikeuden osalta ks. myös esim. Melander 2016 s. 7 ja Melander 2008a s. 405, joka puhuu (Tuoria 2004 mukaillen) oikeusjärjestyksen *totalisen* koherenssin sijaan *lokaalisesta* (oikeudenalakohtaisesta) koherenssista. Esim. Korkka 2015 s. 7 näyttäisi liittävän fragmentaation ennen kaikkea talousrikosoikeuteen. Vrt. esim. Kindhäuser 2009a s. 36, joka puhuu rikosoikeuden ”fragmentarisesta luonteesta” aivan toiselta kantilta viitaten lakisidonnaisuuteen ja siihen, että erilaisten oikeushyvien suojan aukot kuuluvat asiaan.

⁴⁸⁸ Tuori 2000 s. 179–180.

⁴⁸⁹ Kinnunen 2012 s. 1–5 ja 275.

oikeudenalojen kanssa päällekkäiseksi ja lomittaiseksi *sateenvarjokäsitteeksi*, joka itsenäisen oikeudenalan sijaan pyrkii pikemminkin kokoamaan yhteen urheiluun liittyvän oikeudellisen tutkimuksen – ollen siis *kontekstuaalisesti virittynyt tutkimusnäkökulma oikeuteen*.⁴⁹⁰ Vakiintuneiden ja *omien* yleisten oppien sijaan Kinnusen omaksuma urheiluoikeudellinen näkökulma suuntaa katseen muiden oikeudenalojen yleisiin oppeihin tätä kautta hajottaen ja pirstoen tarkastelua. Kinnunen luettelee *oikeudenalojen rajojen ylittämisen, monitieteisyyden, oikeuslähteiden polysentrian, oikeusjärjestyksen pirstoutumisen* sekä erilaisten *oikeusjärjestelmien pluralismin* ilmiöiksi, jotka merkitsevät vaikeuksia perinteisen systematiikan ylläpitämiselle. Urheiluoikeuden osalta Kinnunen pitää omien yleisten oppien muodostamista vain rajoitetusti mahdollisena johtuen juuri siitä, että urheiluoikeudellinen tutkimus rakentuu väistämättä muiden oikeudenalojen normistojen ja yleisten oppien varaan.⁴⁹¹

Mielenkiintoisen vastinparin Kinnusen näkemykselle tarjoaa Antti Aineen vuotta aiemmin julkaisema artikkeli *Urheiluoikeuden kantavat periaatteet* (2011), jossa Aine nimenomaisesti lähtee liikkeelle perustavalla tavalla päinvastaisesta näkökulmasta. Yksittäisten ongelmatilanteiden käytännöllisen ratkaisukehikon sijaan Aine lähestyy ”urheiluoikeutta” itsenäisenä ja kokonaisvaltaista kantavuutta omaavana oikeudenalana. Käytännössä Aine pyrkii luomaan jonkinlaisen ehdotuksen urheiluoikeuden oman teorianmuodostuksen pohjaksi. Tämä tapahtuu hahmottelemalla urheiluoikeuden omia kantavia periaatteita – kehittämällä urheiluoikeudelle omia yleisiä oppeja. Nimenomaan oikeusperiaatteet avaamat yleisten oppien keskeisenä osa-alueena Aineelle mahdollisuuden urheiluoikeuden systemaattiselle tarkastelulle.⁴⁹² Aine katsookin juuri oikeusperiaatteilla olevan johtava asema oikeusjärjestyksen koherenssin toteuttamisessa. Lisäksi niillä on hänen mukaansa kiinteä yhteys oikeusjärjestyksen arvo- ja tavoitetaustaan.⁴⁹³ Tutkimuksessaan Aine hahmottelee kolme urheiluoikeuden ”kantavaa periaatetta”, joiden hän katsoo tuovan kokonaisvaltaisesti esille urheiluoikeuden keskeisiä sääntelyideoita ja perustuvan urheiluoikeuden erilaisille arvoille ja tavoitteille. Avain oikeusjärjestyksen koherenssiin löytyykin Aineen mukaan lopulta kantavien periaatteiden punninnan kautta.⁴⁹⁴

Hieman vanhempana, mutta Aineen työn kanssa hyvin samanlaisena tutkimuksena voidaan nostaa esiin Raimo Lahden artikkeli *Lääkintäoikeus – kehittyvä uusi tieteenala* (1997), jossa Lahti katsoo ”lääkintäoikeudellisen” tutkimuksen ja myös aihetta koskevan sääntelyn vahvistuneen siten, että

⁴⁹⁰ Kinnunen 2012 s. 12–14, 105–107 ja 273–274. Kysymys ”urheiluoikeuden” itsenäisestä asemasta varsinaisena oikeudenalana on noussut kotimaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa usein esille. Kinnusen mukaan kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on asian suhteen vallinnut pitkään suhteellisen yksimielinen näkemys siitä, ettei urheiluoikeus ole (ainakaan vielä, eikä perinteisessä mielessä) oma oikeudenalansa, vaan urheiluelämässä esiin tulevat oikeudelliset ongelmat paikantuvat muiden vakiintuneiden oikeudenalojen normistoihin. (s. 105–106)

⁴⁹¹ Kinnunen 2012 s. 94, 105–106 ja 273–274.

⁴⁹² Aine 2011 s. 5–7 ja 52–54. Hannu Tolosen esittämän mukaisesti Aine lukee yleisiin oppeihin kuuluvaksi oikeusperiaatteiden lisäksi oikeuskäsitteet sekä edellisiä koskevat oikeudelliset teoriat (s. 8–9). Käsitteiden ja periaatteiden välisen rajanvedon Aine näkee ”dynaamisena”; keskeiset periaatteet heijastuvat peruskäsitteisiin (s. 18 alav. 56). Kinnunen 2012 s. 109 toteaa Aineen urheiluoikeudelle ominaisen oikeusperiaatteiden jäljittämiseen keskittyvän analyysin luonteenomaiseksi myöhäismodernille oikeudelle, jossa juuri periaatteet nähdään vastauksena (urheilu)oikeuden käytännölläisyydestä ja pirstaleisuudesta tehtyihin havaintoihin.

⁴⁹³ Aine 2011 s. 14, 18–19, 21–22 ja 49.

⁴⁹⁴ Aine 2011 s. 20–21, 49 ja 52. Kyseiset periaatteet ovat; 1) *vapausperiaate*, 2) *reilun pelin periaate* sekä 3) *urheilukilpailujen sujuvuusperiaate* ja niitä käsitellään tarkemmin s. 23–48.

kyseiselle oikeudenalalle ominaisia käsitteitä ja periaatteita olisi mahdollista jäsentää ja systematisoida yleisiksi opeiksi. Kirjoituksessaan Lahti hahmottelee alustavasti lääkintäoikeudellisia oikeusperiaatteita ja peruskäsitteitä, jotka hän pyrkii sitomaan potilasvahinko- ja potilaslakiin, joiden säännösten hän katsoo puolestaan heijastelevan niistä johtamiaan yleisiä periaatteita ja käsitteitä.⁴⁹⁵ Myös Aine esittää ajatuksen siitä, kuinka yleisten oppien kehittäminen ja systematisointi ovat pistemäisten toimien sijaan jatkuvia ja dynaamisia prosesseja, joissa reagoidaan oikeusjärjestyksen yhteiskunnallisesta taustasta ja sääntelykohteesta kumpuaviin impulsseihin⁴⁹⁶.

Siitä, mikä oikeudenala milloinkin on ”kypsä” omien yleisten oppien kehittälylle, voidaan luonnollisesti olla eri mieltä. Suomessa tätä on pohdittu 2000-luvulla edellisten lisäksi muun muassa ”sosiaaloikeuden”, ”vanhuusoikeuden”, ”informaatio-oikeuden”, ”bio-oikeuden”, ”kirkko-oikeuden”, ”muotioikeuden” ja ”eläinoikeuden” osalta⁴⁹⁷. Oikeusteoreettisesti vielä ehkä mielenkiintoisempi näkökulmaero liittyy kuitenkin juuri siihen, kuinka tarpeellista yleisten oppien kehittäminen ylipäänsä on. Aineen tutkimus edustaa lähestymistapaa, jossa yleisten oppien muotoilu nähdään jonkinlaisena oikeuteen luonnollisena kuuluvana kehityskulkuna, jota voi vaikkapa Tuorilta omaksuttuja termejä käyttäen luonnehtia *prosessiksi*, jossa lainsäädännön ja oikeuskäytännön kaltainen oikeuden pintataso aines sedimentoituu induktiivisesti ylemmän tason oikeuskulttuuriksi, joka edelleen konkretisoi ja konstituoivat pintatasoa tarjoten sille välttämättömät käsitteet, periaatteet ynnä muut välineet. Niin ikään Tuorilta omaksutun terminologian puitteissa voitaisiin puhua myös uusien oikeudenalojen ”itsenäistymistäisteluista”, joita käydään yleisten oppien muotoilun

⁴⁹⁵ Lahti 1997 s. 754–755 ja 757–758.

⁴⁹⁶ Aine 2011 s. 6–7, 13, 17–18 ja 54.

⁴⁹⁷ Esim. *Sosiaaloikeudesta* ks. Tuori 1997a, *Muotioikeudesta* ks. Härkönen 2013 ja *Eläinoikeudesta* ks. Wahlberg 2018, jossa yleisten oppien sijaan viitataan Eläinoikeusjuristit ry:n perustuslakimuutosehdotukseen, joka merkitsisi eläinten (perus)oikeuksien sisällyttämistä perustuslakiin. Omien perusoikeuksien laatiminen on tietysti melko radikaali tapa muodostaa uusi oikeudenala, mutta istuu sinällään toki ajatuksen eläimistä lähtevästä ja eläinten itseisarvoa painottavasta näkökulmasta eläinoikeuden punaisena lankana, joka edellyttäisi tietyllä tapaa perustavanlaatuisia näkökulman muuttamista edelleenkin monelta osin hyvin hyvin ihmiskeiden oikeusjärjestelmän piirissä. Kaikkein havainnollisimman kuvan uusien oikeudenalojen ympärillä käydyistä kiivailuista tarjoaa kuitenkin Anna Mäki-Petäjä-Leinonen ja Markku Helinin keskustelu *vanhuusoikeudesta*. Helin 2018 ja etenkin Helin 2014 s. 478–480 yhdistää puheen ”vanhuusoikeudesta” 1970-luvun tutkimusudistuksen kyliäisenä virinnesen ”anti- tai poiksisysteemaattiseen” ongelmakeskeiseen suuntaukseen, jonka katsoo jo osoittautuneen tavallaan utopiaksi siitä yksinkertaisesta syystä, että erilaisia ongelmia (ja ylipäänsä ilmiöitä) löytyy oikeuden maailmasta loputtomasti ilman, että niistä jostaista olisi järkeä lähestyä omat ratkaisuperusteensa sisältävänä oikeudenalana. Helin puhuu uusien oikeudenalojen ”kaksijakoisen perustelutuksen strategiasta”, jossa ensiaskelena pyritään perustelemaan tietyn ilmiön keskeinen yhteiskunnallinen merkitys, minkä jälkeen ryhdytään kehittämään ilmiötä koskevalle uudelle oikeudenalalle yleisiä oppeja. Esimerkinomaisesti Helin kehittää ”pysäköintioikeutta”, joka muuttuu ”ongelmakeskeisestä konglomeraatista” näkökulmalleen huomiota vaativaksi systemaattiseksi kokonaisuudeksi vasta löydettyään asiaan yhtenäisen (oikeudellisen) näkökulman – ei vielä autoilua tukevan järjestön myöntäessä hankkeelle rahoitusta, eikä edes systemaattisen brändäyksen johdosta. Itsenäiseen asemaan korotetun vanhuusoikeuden osalta Helin näkee ongelmana ikään perustuvan yhdenvertaisuuden vaarantumisen. Lakiin perustumatonta *vanhus*-käsite kun vie hänen mukaansa huomion liiaksi ikään. Mäki-Petäjä-Leinonen 2019 sanoutuu Helinin kritiikistä irti korostamalla, ettei ole koskaan väittänytään vanhuusoikeutta ”omaksi itsenäiseksi oikeudenalakseen”, vaan ainoastaan ”monitieteiseksi ja oikeudenalojen rajat ylittäväksi näkökulmaksi tai oikeusalueeksi, jonka tavoitteena on pyrkiä turvaamaan inhimillinen kohtelu ja mahdollisimman onnistuneet järjestelyt elinkaaren loppupäässä”. Helinin uusien oikeudenalojen perustelua koskevan huolen Mäki-Petäjä-Leinonen toteaa lisäksi pikemmin kansallisia kuin kansainvälisiä intimoja herättäväksi viitaten kirjajyllystään löytyviin mm. ”Elder Law” -termiä käyttäviin teoksiin. Itse en tietystikään omaa kummaloitakaan vanhuusoikeudellista ymmärrystä, mutta oikeuden systemaattisuudesta ylipäänsä kiinnostuneena voi olla toteamatta Helinin esittämiä (joskin toki satiiris-provokatiivisen kärkeä) näkökohtia hyvinkin perustelluiksi, ja lisäksi Mäki-Petäjä-Leinosen ja Helinin välillä käytyä sanailua erinomaisesti esimerkiksi oikeudellisen ajattelun keskeisten suuntausten eroista, ja eri ajatusmallien vaikeudesta toinen toistensa ymmärtämiseen. Helin on huoletunut oikeudenalajoitteluiden ole syytä antaa kahlita sen oikeudellisesta jäsentämisestä. Erimielisyyden ydin tiivistyy siihen, että Helin puhuu kokonaisuudesta uudesta oikeudenalasta, Mäki-Petäjä-Leinonen ainoastaan ”näkökulmasta” tai ”oikeusalueesta” (, mitä etenkään näistä jälkimmäinen ikinä tarkoittaakaan). En lähde tätä(kään) riitaa itse ratkaisemaan, mutta myöskään malta olla huomauttamatta, että asian – ja siis oikeudellisten ajattelutapojen erovuokien – syvällisempi ymmärtäminen edellyttäne myös muiden kuin englanninkielisten (ja siis anglosaksisten) oposten lukemista. Kyseessä oikeuskulttuurissa kun erinäisille oikeudenalajoitteluille ei löydy samanlaista ymmärrystä kuin vaikkapa mannermaissa oikeusjärjestelmissä...

kautta⁴⁹⁸. Kuten Kinnusen tutkimuksesta käy ilmi, edellä mainittu näkökulma jää helposti paitsi oikeuden myös oikeudenalojen sisäiseksi ja näin kovin rajalliseksi. Pelkän systematiikan sijaan yleisiin oppeihin liittyvä olennainen kysymys on siinä, millaisessa suhteessa ne ovat positiivisen oikeuden (enemmän tai vähemmän) ulkopuoliseen ainekseen, kuten vaikkapa jo edellisessä jaksossa käsiteltyihin kriminaalipoliittisiin näkökulmiin. Kyse on ennen kaikkea siitä, mistä yleiset opit saavat sisältönsä – ja missä määrin ajatuskapasiteettia on oikeuden suhteen ylipäänsä syytä ja tarvetta käyttää yleisten oppien pohtimiseen. Lopulta tämä kaikki palautuu pitkälti oikeudenmukaisuuden muodollisen ja sisällöllisen puolen paradoksiin.

2.2.2.2 Mitä tämä tarkoittaa rikosoikeudelle?

Puhe yleisten oppien keskeisestä roolista liittyy kotimaisen rikosoikeuden saralla etenkin 1990-luvulle, jolloin innostus yleisiä oppeja koskevaan tutkimukseen koki huomattavan kasvun etenkin nuoremman polven tutkijoiden osalta. Dan Fränden ja Ari-Matti Nuutilan vuosina 1994, 1995 ja 1997 julkaisemat rikosoikeuden yleisen osan yleisesitykset merkitsivät ensimmäisiä kotimaisia aihetta koskeneita laajempia systemaattisia esityksiä moneen vuosikymmeneen⁴⁹⁹. Lisäksi esimerkiksi Tapio Lappi-Seppälän, Ari-Matti Nuutilan ja Kimmo Nuotion tässäkin tutkimuksessa paljon esillä olevat väitöskirjat (1989, 1996 ja 1998) merkitsivät laajoja ja varsin teoreettisia esityksiä nimenomaan yleisten oppien keskeisistä teemoista.⁵⁰⁰

Rikosoikeuden ei varsin vanhana ja ”perinteisenä” oikeudenalana tietystikään ole tarvinnut todistella, tai ylipäänsä edes pohtia ”kypsyyttään” omien yleisten oppien kehittelyyn samalla tapaa kuin vaikkapa edellä mainitun urheilu- tai muotioikeuden. Sen sijaan olennaisempi kysymys liittyykin siihen, millainen rooli ja sisältö yleisille opeille annetaan. Osa tuntuukin jo kypsyneen itse yleisten oppien rooliin rikosoikeudessa. Systematiikan osalta on kuitenkin muistettava, ettei se tunne minkäänlaisia (ainakaan fyysisiä) rajoja. Vaikka rikosoikeuden ”kypsyys” yleisille opeille yleisellä tasolla olisi itsestäänselvyys, saattaa keskustelu kääntyä vaikkapa siihen, olisivatko sitten rikosoikeuden suppeammat osa-alueet kypsiä omille opeilleen. Olisiko syytä eritellä vaikkapa *talous*-, *liikenne*-, *ympäristö*-, *seksuaali*-, *henki*-, *luonnonvara*-, *työ*- tai muu vastaava -rikosoikeus?

Kaikki edellä mainittu on ollut – yleisille opeille luonteenomaisesti! – varsin abstraktia ja yleistä. Seuraavaksi onkin syytä siirtyä konkreettisemmalle tasolla ja

⁴⁹⁸ Tuori 2004 s. 1203. Muina itsenäisyystaistelun keinoina – tai vaiheina – voidaan mainita omien yhdistysten ja aikakauskirjojen perustaminen sekä usein keskeiseen asemaan nouseva oman yliopistollisen oppituolin saaminen sekä tunnustetun aseman vakiinnuttaminen lakimieskoulutuksen oppiainejaotuksessa (s. 1209).

⁴⁹⁹ Frände 1994a sekä Nuutila 1995a ja Nuutila 1997. Lisäksi Eero Backman oli jo vuosina 1988–1990 julkaissut kolmesta artikkelista koostuvan esityksen rikosoikeuden yleisistä opeista korkeimman oikeuden oikeuskäytännössä vuosina 1980–1986. Kyse oli kuitenkin melko hajanaisesta esityksestä, jossa yhteensä 175 KKO:n ratkaisua jaoteltiin enemmän tai vähemmän väljästi 17 erilaisen yleisten oppien teeman alaisuuteen ilman sen suurempia yleistämisen tai systeemin rakentamisen pyrkimyksiä. (Backman 1988, Backman 1989 ja Backman 1990) Backman itse mieltää esityksensä rikosvastuun yleisiä edellytyksiä koskevan yleisesityksen ”aihioksi” (Backman 1992 s. 379 ja 402). Esim. Koskinen 1970 ja Koskinen 1973 s. 21 vertaa suomalaisen rikosoikeusdogmatiikan silloista tutkimustilannetta 1950- ja 1960-lukujen Ruotsiin, jossa kriminaalipoliittinen debatti ja rikoslainsäädännön kokonaisuudistustyö veivät huomion siten, ettei kahteen vuosikymmeneen ilmestynyt ainoatakaan rikosoikeudellista väitöskirjaa.

⁵⁰⁰ Tältä osin on hyvä huomata, että laajemmasta aikaperspektiivistä katsottuna akateeminen, juristin harjoittama rikosoikeuden yleisten oppien tutkimus on uuden ajan tuotetta. Kotimainen harrastus tällaiseen voidaan ajoittaa 1800-luvulta. (Nuotio 2003a s. 244–245) Vrt. Fletcher 2007 s. 18, joka yhdistää ”vakavat” rikosoikeuden yleisen rakenteen muodostusyritykset vasta 1900-luvun puolelle. Mielenkiintoisena vertailukohtana kotimaiseen siviilioikeuteen todettakoon, että Juha Tolonen toteaa vuoden 1988 Juha Pöyhösen väitöskirjaa koskevassa vastaväitöksessään yleisten oppien harrastuksen nousseen viime vuosina myös nuoremman polven varallisuus oikeustieteilijöiden mielenkiinnon kohteeksi. Tämän kehityksen Tolonen kytkee muun ohella sääntöjen ja periaatteiden erottelun varaan rakentuvaan normiteoreettiseen tutkimukseen, johon palataan tässäkin tutkimuksessa jo seuraavassa jaksossa. Pöyhösen väitöskirjan Tolonen lukee ”epäilemättä” osaksi tätä oikeustieteellisen ja varallisuus oikeudellisen tutkimuksen ”uutta aaltoa”. (Juha Tolonen 1988 s. 1044–1046)

kysyä, mitä yleisten oppien varaan rakentuva systemaattinen rikoslainoppi todella suomalaisessa rikosoikeudessa merkitsee. Tältä osin on selvästi vaikeampaa löytää esimerkkejä kuin edellisestä kriminaalipoliittisesti orientoituneeksi tunnustautuvan (tai sitä käytännössä olevan) tutkimuksen kohdalla.

Mikael Lohse toteaa vuoden 2012 väitöskirjansa alkulehdillä juristi-identiteettinsä voimakkaimmaksi muotoajaksi kotiorganisaationsa eli syyttäjälaitoksen⁵⁰¹. Omaa tutkijan näkökulmaansa hän katsoo kuitenkin leimaavan laintulkinnan osalta ennen kaikkea pyrkimys objektiivisuuteen, mitä Lohse katsoo toteuttavansa ”avoimella tulkintaotteellaan”, jolla hän tarkoittaa eri suuntiin vievien soveltamiskannanottojen esille tuomista. Muihin tutkijoihin verrattuna Lohse katsookin laintulkintänäkemysensä ”eräänlaiseksi kompromissiksi”. Lohse jäsentää rikosoikeudellisen laintulkintatilanteen roolinäkökulmien kautta. Yhtäältä mukana on syyttäjä, jonka oletetaan argumentoivan dynaamisen ja teleologisen tulkintavaihtoehdon puolesta ja toisaalta syytetyn avustaja, jonka oletetaan vastustavan teleologista tulkintatapaa oikeusturvaa ja ennakoitavuutta vaarantavana. Lohse toteaa syyttäjällä olevan modernissa oikeudessa ensi näkemältä hallussaan ”täyskäsi” niin EU-oikeuden mukaisen ja sille etusijan antavan, valtiosääntömyönteisen, uhrin perus- ja ihmisoikeuksia kunnioittavan sekä YK-velvoitteiden kanssa yhdenmukaisen laintulkintamallin tarjotessa lähtökohtaisesti juuri dynaamista teleologiaa tukevia argumentteja. Lopulta rikosoikeudellinen laillisuusperiaate muodostuu kuitenkin ”jokerikortiksi”, jonka laillisuusretoriikkaa harjoittamalla voi saada osakseen myös syytetyn avustaja.⁵⁰² Lohse toteaaakin pyrkivänsä tutkimuksessaan tekemään tulkintasuosituksia niin rikosoikeuden tehokkuusvaatimuksen kuin perus- ja ihmisoikeusulottuvuudenkin kannalta⁵⁰³. Uskaltaisin väittää, ettei Lohse tosiasiaassa tee itse tutkimuksessaan kovin paljoa kumpakaan edellisistä. Sen sijaan tutkimus on 2010-luvun (sinällään harvoista) kotimaisista rikoslainopillisista väitöskirjatutkimuksista ehkäpä systemaattisin. Tai vähintäänkin rikoslainopillinen argumentaatio rakennetaan ensisijassa juuri systematiikan varaan.

Lohse tutkii RL 34a luvussa tarkoitettua terrorismirikoksen valmistelua ja edistämistä⁵⁰⁴, jotka poikkeavat kotimaisen rikosoikeusjärjestelmän perinteisistä valmistelu- ja osallisuusopeista –, jos nyt ”perinteisistä valmisteluopeista” voidaan edes puhua. Lohse tunnistaa tältä osin ”sovitamisongelman”, jonka osalta hän

⁵⁰¹ Lohse 2012 s. v ja myös 10.

⁵⁰² Lohse 2012 s. 65–66 ja 68. Jo tässä kohdin en voi olla huomauttamatta, etteivät erilaiset näkökulmat terrorismirikoksiin tule tyhjentävästi huomioiduiksi peilaamalla *terrorismin torjujan* näkökulmaa *terroristin* näkökulmaan, kuten Lohse toistuvasti tutkimuksessaan tekee (ks. s. 3, 169, 182–183). Lohselta tuntuu kerta toisensa jälkeen unohtuvan *terroristiksi epäillyn* näkökulma, joka laillisuus- ja syyllisyysperiaatteen sekä ennen kaikkea syyttömyysolettaman kaltaisten lähtökohtien kautta operoivan rikosoikeusjärjestelmän kannalta olisi kuitenkin se kaikkein keskeisin. Tutkimuksen rakentaminen (edes retorisesti) yhtäältä ”terroristien etenemisen jo alkuunsa katkaisevien ja etumaastoon työnnettyjen valmistelu- ja edistämiskriminalisointien” sekä toisaalta ”terroristien toimintaedellytysten luomisen” varaan ohjaa koko näkökulman jonkinlaiseksi terrorisminvastaiseksi sodankäynniksi. Terrorismin vastustaminen voi sinällään olla hyvinkin kannatettavaa toimintaa, mutta rikosoikeuden piirissä operoitaessa olisi huomattava myös kysyä sitä, *kuka tällainen terroristi on* – ennen kuin häntä aletaan vastustamaan! Rikosoikeudessa ei lopulta ole terroristia ennen kuin tällaiseksi epäilty on toimivaltaisen lainkäyttäjän toimesta sellaiseksi myös todettu. Jälkimmäisestä näkökulmasta ks. esim. Melander 2008a s. 288, joka korostaa *humanin kriminaalipolitiikan* ajatusta *jokaisesta ihmisestä mahdollisena rikosentekijänä* sekä vaikkapa Nuotio 2013 s. 265 (ja terrorismin osalta myös 271 sekä 275–276), joka puhuu eräänlaisesta tietämättömyyden verhosta, jonka takana emme tiedä, kuka lopulta syyllistyy rikokseen tai joutuu vaikkapa rikoksen uhriksi. Lohsen kanssa hyvin samanlaisia äänenpainoja löytyy myös vaikkapa Sanna Palon väitöskirjasta (Palo 2010), jonka osalta myös esim. vastaväittäjä Matikkala on tunnistanut harjoitetun argumentaation ”rikostorjunnallisuuden” (Matikkala 2010 s. 454). Eräänlaista varsin voimakasta ”syyttäjänäkökulmaa” edustaa myös jo esittämäni valossa Sahavirta 2008.

⁵⁰³ Lohse 2012 s. 68.

⁵⁰⁴ Tarkalleen ottaen tutkimuksen kohteena ovat valmistelua koskeva RL 34a:2 sekä edistämistä koskevat RL 34a:4, 4a ja 4b:n säännökset (Lohse 2012 s. 9 ja 12).

hahmottelee kaksi mahdollista lähestymistapaa. *Ensinnäkin* uudenlaisia valmistelu- ja edistämiskriminalisointeja tutkiva voi lähteä tavoittelemaan koherenssia ja siis pyrkiä sijoittamaan kohtaamansa ongelmat osaksi jo olemassa olevaa rikoksen yleistä rakennetta ja rikosoikeuden yleisiä oppeja. *Toinen* vaihtoehto olisi hyväksyä tältä osin rikosoikeudellinen eriytymiskehitys ja rakentaa terrorismirikoksille omat yleiset opit. Lohse valitsee vaihtoehdoista ensimmäisen asettaen ensimmäiseksi tutkimuskysymyksekseen: ”mikä on valmistelun ja edistämisen paikka rikosoikeuden yleisten oppien systeemissä ja erityisesti sen käsitejärjestelmässä?”⁵⁰⁵ Tutkimuksenteon yleisametodikseen Lohse ilmoittaa ”sisäisen vertailun”, jolla hän tarkoittaa valmistelun ja edistämisen vertaamista paitsi keskenään myös suhteessa lähiopeihinsa. Lohsen ajatuksena on siis yksilöidä ensin valmistelun ja edistämisen perusominaisuudet ja tämän jälkeen edelleen muut samat perusominaisuudet jakavat rikosoikeudelliset oliot. Juuri nämä ”perheyhtäläiset” oliot muodostavat ne lähiopit, joiden hahmottamisen kautta Lohse katsoo varmistavansa, etteivät valmistelua ja edistämistä koskevat luonnehdinnat pääse karkaamaan liian kauas ”sisaroppejaan” koskevista perusnäkemyksistä.⁵⁰⁶ Tutkimus rakentuu siis nimenomaisesti systemaattisen johdonmukaisuuden ja koherenssin – rikosoikeusjärjestelmän sisäisen yhteensopivuuden – tavoittelun varaan.

Ja tässä mennään paikoin hyvinkin pitkälle. Lohse esimerkiksi päätyy perheyhtäläisyysajattelun ja rikoslainopillisen koherenssipyrkimyksen kautta sisällyttämään RL 34a luvun valmistelu- ja edistämiskrikoksiin abstraktin vaarantamisvaatimuksen, jollaista kyseisissä tunnusmerkistöissä ei lainkaan mainita, mutta jonka Lohse johtaa yritystä koskevasta RL 5:1.2:sta *e contrario* -päätelmällä sekä myötävaikuttamiseen liittämänsä reaalisen mahdollisuussuhteen kautta⁵⁰⁷. Vaikka ylimääräiset tunnusmerkistökijät toki sinällään ovat syytetyn kannalta edullisia, on itse rikostunnusmerkistöihin perustumattomien tunnusmerkistökijöiden johtaminen systemaattisin argumentein jo laillisuusperiaatteen näkökulmasta erikoista⁵⁰⁸. Toinen esimerkki modernin kotimaisen rikoslainopin kannalta hyvin kummallisesta ja nimenomaan systematiikan ehdolla tehdystä ratkaisusta on tapa, jolla Lohse käsittelee perusoikeuksia ja -vapauksia. Lohse sijoittaa ne *omalle systemaattiselle paikalleen* viiden kategorian varaan jäsentämässään vastuuoissa. Paikka löytyy teon huolimattomuuden kategoriasta, missä perusoikeudet ja -vapaudet nähdään ”sallitun riskin kriteereinä”.⁵⁰⁹ Ajatus perus- ja ihmisoikeuksien rajaamisesta yhteen viidestä rikosvastuun kategoriasta, vieläpä terrorismiin liittyvien kriminalisointien kontekstissa, on käytännössä täysin päinvastainen verrattuna vaikkapa vastaväittäjänä toimineen Sakari Melanderin ajamaan malliin, jossa perus- ja ihmisoikeudet läpäisevät *koko rikosoikeuden*⁵¹⁰. Olennaista on ennen kaikkea taaskin se, kuinka Lohse rakentaa ajattelunsa tiukan systematiikan varaan.

⁵⁰⁵ Lohse 2012 s. 5–6. Kysymyksenasettelu lienee jo itsessään kuin käsitelainoppia saatanaa pitävän sivistin painajaisista.

⁵⁰⁶ Lohse 2012 s. 9, 65, 68 ja 81–83. Valmistelun perusominaisuudeksi Lohse määrittää aikaulottuvuuteen liittyvän ”esivaiheisuuden” ja lähiopeiksi yrityksen sekä (kansainvälisen rikosoikeuden piirissä tutumman) *Criminal Conspiracy* -vastuun (s. 82–83 ja 169). Edistämisen perusominaisuudeksi Lohse määrittää puolestaan henkilöulottuvuuteen liittyvän ”osallistumisen” ja lähiopeiksi avunannon, sekä (niin ikään kansainvälisestä rikosoikeudesta tutun) ns. *JRTO*- ja *JCE*-vastuun (s. 82–83 ja 169).

⁵⁰⁷ Lohse 2012 s. 170–172.

⁵⁰⁸ Vastaväittäjä Melander 2013b s. 980–981 toteaaakin lausunnossaan Lohsen asiaa koskeva näkemys voitavan kyseenalaistaa vahvoin perustein jo yksinkertaisesti siksi, ettei se saa tukea lainsäädännöstä.

⁵⁰⁹ Lohse 2012 s. 179–180 ja 185–187.

⁵¹⁰ Melanderin lausunto (Melander 2013b) tarjoaakin havainnollisen vertailukohdan Lohsen ajattelulle. Melander kyseenalaistaa jo Lohsen lähtökohtaisen valinnan tavoitella rikosoikeusjärjestelmän koherenssia eriytymiskehitys sivuuttaen. Melanderin mukaan rikosoikeudellinen eriytymiskehitys voidaan ensinnäkin nähdä väistämättömänä ja jo melko pitkään jatkuneena kehityskuluna. (s. 977–978) Toiseksi tälle kehityskululle voimakkaimmaksi vastavoimaksi on oikeuskirjallisuudessa katsottu juuri perusoikeudet (978). Ottaen huomioon vielä suomalaisen rikosoikeuden voimakkaan valtiosääntöistymisen 1990-luvulta

Lohsen tutkimuksen kohdalla on syytä huomata, että niin dynaamis-teleologinen kuin perus- ja ihmisoikeusmyönteinenkin laintulkintatapa ovat kyllä mukana tutkimuksessa, mutta niiden käsittely rajoittuu käytännössä III-luvun laintulkintaa käsittelevään jaksoon⁵¹¹. Kuten Lohse itsekin toteaa, toteutuvat tutkimuksen varsinaiset tavoitteet vasta tätä seuraavissa luvuissa⁵¹². Syy tähän on yksinkertainen; tutkimuksen pääasiallisena tavoitteena ei ole *tulkita* vaan *systematisoida*⁵¹³. Tulkinnallisten ja systemaattisten painotusten ero käy havainnollisesti ilmi verrattaessa Lohsen tutkimusta jo aiemmin mainittuun Ritva Sahavirran rahanpesua käsittelevään väitöskirjaan. Molemmissa on kyse vahvasti ylikansallisten velvoitteiden varaan rakentuvien kriminalisointien rikoslainopillisesta analyysistä, jossa lisäksi perus- ja ihmisoikeudet eivät kovinkaan suurta roolia näyttele. Myös Sahavirta harjoittaa toki systematisointia⁵¹⁴, mutta lainopillinen pääpaino on ilman muuta runsaan kansainvälisen normimateriaalin varassa tapahtuvassa kotimaisen sääntelyn tulkinnassa ja ennen kaikkea kansallisten säännösten ja ylikansallisten velvoitteiden vastaavuuden tarkastelussa⁵¹⁵.

Kyse ei siis ole vain erilaisista lainopillisista – metodisista – painotuksista, vaan ylipäänsä jo siitä, mitä alun alkaenkin katsotaan tutkimisen arvoiseksi. Lohsen artikkeli *Aktivisti rikosrakenteen sokkeloissa* (2014) tarjoaa – jo otsikkotasolla – ehkä vielä väitöskirjaakin havainnollisemman esimerkin Lohsen rikoksen rakenneopillisen systematiikan varaan rakentuvasta suoranaisesta *dogmatismista*. Teksti lähtee liikkeelle pyrkimyksestä sisällyttää niin poliisin, syyttäjän kuin tuomarinkin käytössä olevat rikosprosessuaaliset toimenpiteistä luopumisen – eli Lohsen mukaan

lähtien Melander pitää perus- ja ihmisoikeuksien vähäistä asemaa Lohsen teoksessa yllättävänä. Niiden sijoittaminen osaksi teon huolimattomuuteen liittyvää sallittua riskinottoa vaikuttaa Melanderin mukaan suoranaiselta perus- ja ihmisoikeusnäkökulman häivyttämiseltä. Perusoikeuksien käyttämisessä kun ei jo määritelmän mukaisesti voida olla kyse *riskinotosta* – olipa se sitten sallittua tai kiellettyä – vaan nimenomaan *oikeudesta*. (s. 978–979) Ks. myös Melander 2016, jonka taustalla vaikuttaa näkemys siitä, ettei rikosoikeutta voi erottaa (yleisten oppiensaakaan tasolla) valtiosääntöoikeudellisista, ennen muuta perus- ja ihmisoikeuksista lähtevistä näkökohdista. Melanderille rikosoikeus on erityisen perusoikeusherkkä oikeudenala, jolle perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta tapahtuva tarkastelu on välttämätöntä. (nimenomaisesti s. IX, 14 ja 19) Tässä kohdin on vielä huomautettava, että teoksensa loppupuolella Lohse näyttäisi kyseenalaistavan sen, onko teon huolimattomuuden sijoittamiselle osaksi terroristisen valmistelun ja edistämisen vastuurakennetta lopulta edes tarvetta. Henkilökohtaisesti Lohse ei kykene hahmottamaan ensimmäistään sisällöllistä seikkaa, joka puoltaisi ainakaan teon huolimattomuus -opin käyttöä terroristisen valmistelurikossäännöksen yhteydessä. (Lohse 2012 s. 261) Perus- ja ihmisoikeuksista huolestunut lukija kysyy tietysti, tarkoittaako tämä kyseisten oikeuksien jämistä tyystin pois Lohsen vastuupolista?

⁵¹¹ Lohse mm. toteaa lainkäytön olevan ”sokean soveltamisen” sijaan tavoitteellista eli teleologista toimintaa ja pitääkin terrorismirikosoikeuden kriminaalipoliittisten tavoitteiden käsittelyä välttämättömänä ennen oikeuslähteiden tulkintaa (Lohse 2012 s. 47, ks. myös s. 51–56 ja 61–62). Lisäksi käsitellessään systeemiajattelun vaaroja ja ratkaisuhakuista ajattelua Lohse näyttäisi puoltavan Nuutilan ja Roxinin nimiin laittamaansa ”synteesiajattelua”, jossa rikoslainopin tehtäviin kuuluu paitsi voimassa olevan oikeuden systematisointi ja tulkinta myös lainopillisten ongelmien uudelleen muotoilu, uudenlainen systemaattisten yhteyksien osoittaminen sekä ongelman ratkaisussa relevanteilta vaikuttavien näkökohtien kartoittaminen. Käytännössä synteesiajattelu ilmenee Lohsen mukaan teleologisena tulkinta-asenteena. (s. 131–132) Lopulta Lohse ilmoittaa jonkinlaista kompromissia etsien tavoitteekseen ”praktisen lainopin sisäisesti johdonmukaisen rikosoikeudellisen systeemi- ja analogia-ajattelun keinoin” yhdistellen tässä oikeuslähde- ja tulkintaopillisia aineksia niin Juha Karhun, Aulis Aarnion kuin Hannu Tolosenkin ajattelusta (s. 65–66). Tältä osin on syytä nostaa esille olosuhdetahallisuutta käsittelevä jakso, jossa Lohse päätyy puoltamaan todennäköisyysmallin sijaan tahtomallia perustellen tätä ylikansallisen kriminaalipolitiikan tehokkaalla toteuttamisella sekä tähän liittyen eurooppaoikeudellisella lojaliteettiperiaatteella (s. 210–211). Perus- ja ihmisoikeusmyönteinen laintulkinta näyttäisi sen sijaan saavan Lohsen ajattelussa merkitystä vain tilanteissa, joissa rikoslain ja ylikansallisten rikosoikeuden instrumenttien ratkaisuvoima ei pysty riittävästi kaventamaan terrorismirikoksia koskevien oikeudellisten ongelmien tulkintavaraa. Lohse tuntuikin kanavoivan perus- ja ihmisoikeuksien laintulkinnallisen merkityksen ennen kaikkea EU-oikeuden tulkintavaikutukseen. (s. 56–57 ja 62 alav. 128)

⁵¹² Lohse 2012 s. 13.

⁵¹³ Tämä käy edellä mainituin tavoin ilmi jo s. 5–6 asetetuista tutkimustavoitteista ja -kysymyksistä. S. 259 Lohse vielä toteaa juuri valmistelun ja edistämisen systematisoinnin saaneen työssä käytännöllistä rikoslainoppia suuremman roolin ja tulkintakannanottojen sijoittuvan pääasiassa valmistelun ja edistämisen tekotapoja sekä tahallisuutta koskeviin jaksojen 2.2–2.5 ja 2.8 osuuksiin.

⁵¹⁴ Sahavirta kehittää esim. salahanketta koskevia yleisiä oppeja, joita koskevaa aiempaa kotimaista oikeustieteellistä tutkimusta ei tuolloin juuri ollut. Asiaa koskevien käsitteiden systematisoinnin selkeyden ja johdonmukaisuuden Sahavirta katsoo edistävän niin käytännön lainsäädäntötyötä kuin lainsoveltamistoimintaa. (Sahavirta 2008 s. 16, 251–265 ja 439)

⁵¹⁵ Tutkimuksessa on Sahavirran itsensä toteaman mukaan kyse siitä, miten rahanpesua koskevia rangaistussäännöksiä tulisi tulkita. Uusien ja niukan oikeuskäytännön varassa olevien rangaistussäännösten yhdenmukaista ja ennakoitavaa tulkintakäytäntöä pyritään edistämään systematisoinnin avulla. (Sahavirta 2008 s. 3)

”vastuusta vapauttamisen” – erilaiset tavat osaksi aineellisen rikosoikeuden rakenneoppia. Käytännössä Lohse tarkastelee muodollisesti rikostunnusmerkistön täyttävän (ympäristö)aktivismin tilanteita pyrkien jyvittämään erilaiset prosessuaaliset toimenpiteistä luopumisen muodot (aina esitutkinnan toimittamatta jättämisestä syytteen peruuttamiseen ja hylkäämiseen) niin kolmi- kuin kaksiportaisenkin rikoksen rakennemallin mukaisesti järjestettyjen aineellisoikeudellisten vastuuvapausperusteiden joukkoon⁵¹⁶. Jo väitöskirjassaan omaksumalle tyylilleen uskollisesti Lohse painottaa, ettei ennakoitavaa ja yhdenmukaista lainkäyttöä voi olla ilman oikeudellista ainesta jäsentävää systematiikkaa, ja rikoksen rakenteen olevan se paradigma ja perusnäkemys, joka määrittää ajattelumallin, jonka puitteissa tekoa rikosoikeudellisesti arvioidaan.⁵¹⁷ Tekstin lopputulemana on se, ettei aktivistille löydy ulospääsyä rikosrakenteen sokkelosta muuten kuin toimenpiteistä luopumista koskevien perusteiden kautta. Minun on kertakaikkisen vaikeaa ymmärtää, miksi tämä edellyttäisi prosessuaalisen aineksen kytkemistä rikoksen rakenneoppiin – tai miten tällainen kytkeminen oikeastaan olisi edes mahdollista, saati millään tapaa lainopillisesti mielenkiintoista. Toimenpiteistä luopumisessa kun ei yksinkertaisesti ole kyse rikoksen olemassa tai olematta olost, josta puolestaan aineellisessa rikosoikeudessa – rikoksen rakenneoppi mukaan lukien – on kyse. Toimenpiteistä luopuminen ei yksinkertaisesti merkitse ”vastuusta vapauttamista” aineellisen rikosoikeuden merkityksessä. Rikosta kun ei ole olemassakaan ennen kuin näin on toimivaltaisen viranomaisen langettavalla tuomiolla (tai muulla päätöksellä) todettu⁵¹⁸! Niin halutessaan mitä tahansa voi toki yrittää jyvittää rikoksen rakenteeseen. Tyystin eri asia on se, onko tällaisiin yrityksiin mitään mieltä lähteä. Nähdäkseni Lohsen teksti on esimerkki merkityksettömäksi jäävästä dogmatismista, jolle en itse pysty löytämään oikein minkäänlaista käyttöä.

Sakari Melander toteaa vastaväittäjän lausunnossaan Lohsen väitöskirjan selkeimmäksi rikoslainopilliseksi esikuvaksi Ari-Matti Nuutilan väitöskirjatutkimuksen. Tältä osin Melander viittaa nimenomaisesti vain siihen, että Lohse omaksuu Nuutilan esittämän teon huolimattomuutta koskevan opin oman terrorismirikoksen riskiä koskevan tarkastelunsa perustaksi.⁵¹⁹ Edellä esitetyn valossa Melanderin ajatus on monella tapaa ongelmallinen. Lohsen tapa harjoittaa rikoslainoppia perustuu koherenssiin tähtäävään systematiikkaan, jossa erilaisia rikosoikeudellisia olioita järjestetään oikeille paikoilleen yleisten oppien käsitejärjestelmässä ja siis suhteessa ”lähioppeihinsa”. Nuutila puolestaan toteaa jo hahmottelemiensa tuottamusongelmien käsittelynkin ”systematiikasta päättämisen” varassa erittäin vaikeaksi. Nuutila ei toki lähde kiistämään yleisten oppien systemaattis-teoreettisia yhteyksiä, muttei nimenomaisesti halua tehdä niistä suoria rikoslainopillisia sovellutuksia, vaan painottaa systeemiajattelun täydentämistä muualta saaduilla systeemi-impulsseilla. Nuutilan rikoslainopillinen ideaali tiivistyy parhaiten ajatukseen systematiikan mukauttamisesta rikosoikeuden yleiseen

⁵¹⁶ Ks. erit. asiaa koskevat kuviot (Lohse 2014 s. 184).

⁵¹⁷ Lohse 2014 s. 179 ja 185.

⁵¹⁸ Luullakseni kyvyttömyyteni ymmärtää Lohsen ajatuksenjuoksua kiteytyy nimenomaan tähän. Lohse näyttää ajattelevan, että niin poliisi, syyttäjät kuin tuomarikin voivat vapauttaa ihmisiä rikosvastuusta jo ennen kuin minkäänlaista ratkaisua rikoksen olemassaolosta olisi edes tehty. Itselleni tällainen ajatusmalli edustaa paitsi räikeää syyttömyysoletaman sivuuttamista myös oikeusteoreettisesti vierasta ajatusta rikosten olemassaolosta ilman asiaa koskevaa auktoritatiivista ja positiiviseen oikeuteen perustuvaa päätöstä. Minulle *rikos* on siinä määrin ”radikaalisti tulkinnanvaraisen” oikeuteen perustuva konstruktio, ettei sen olemassaolosta ole syytä puhua ainakaan minkäänlaisella varmuudella ennen kuin asia on ratkaistu voimassa olevaa rikosoikeutta auktoriteettinsa puolesta määrittävän tahon toimesta. Ennen kuin näin on tapahtunut, ei ketään voi vapauttaa minkäänlaista rikosta koskevasta vastuusta, vaan ainoastaan ”luopua toimenpiteistä” rikoksen olemassaolon tutkimista koskien. Ks. tältä osin jo alav. 502.

⁵¹⁹ Melander 2013b s. 974.

ideologiaan ja rikoslainoppiin – eikä päinvastoin.⁵²⁰ Etenkään Nuutilalle ominaisesta ”toimintaympäristökohtaisesta tyyppitapaussajattelusta” tai ”ongelmakeskeisestä tutkimustavasta” ei ole Lohsen väitöskirjassa tietoaakaan.⁵²¹ Myös teon huolimattomuus oppi näyttää tekevän lopulta tepposet. Lohse toteaa tutkimuksensa loppupuolella nimenomaisesti, ettei kykene hahmottamaan ensimmäistäkään sisällöllistä seikkaa, joka puoltaisi opin käyttöä terroristisen valmistelurikossäännöksen yhteydessä ja lisäksi kyseenalaistaa tarpeen opin sisällyttämiselle terroristisen valmistelun ja edistämisen vastuurakenteeseen yleensäkin.⁵²² Lohsen puhe ”dynaamisesta teleologiasta” sekä ”perus- ja ihmisoikeusulottuvuuksista” saattaa toki tuoda mieleen Nuutilan väitöskirjan. Lohsen konkreettisten tekemisten tarkastelu kuitenkin nähdäkseni osoittaa selvästi, että niiden välillä on aivan perustavanlaatuisia eroja.

Niin Nuutilan kuin Lohsenkin väitöskirjoja voi toki luonnehtia ”dogmaattisiksi”. Ongelmaksi nousee jälleen kerran se, että *dogmatiikka* voidaan ymmärtää hyvin eri tavoin – aivan kuten edellä ”kriminaalipoliittisuus” tai ”teleologisuus”. Edelleen sekä Nuutilasta että Lohsesta poikkeavan tavan dogmatiikan harjoittamiseen esittää Lauri Luoto vuoden 2018 väitöskirjassaan.

Luoto asettaa tutkimustehtäväkseen avunannon suomalaisessa doktriinissa epämääräiseksi jääneen rikosoikeusteoreettisen pohjan määrittämisen sekä lisäksi avunannon ja sen lähi-instituutioiden välisten rajanvetotilanteisiin liittyvien argumentatiivisten välineiden tuottamisen lainkäyttäjälle⁵²³. Tutkimuksen jäsenitys seuraa hyvin uskollisesti tutkimustehtävää; ensin selvitetään, mihin avunannon moitittavuus⁵²⁴ ja siis rikosoikeudellinen vastuu perustuu. Tältä pohjalta johdetaan avunannon kolme rikosoikeusteoreettista ”peruspilaria” ja tarkastellaan edelleen niiden avunannon rangaistavuudelle asettamia edellytyksiä. Lopulta näiden perustavien lähtökohtien varassa pyritään suorittamaan rajanveto niin rankaisematta jäävään myötävaikuttamiseen kuin toisin perustein rangaistavaan rikoskumppanuuteenkin.⁵²⁵ Luoto ei ylimalkaisen ”tutkimusnäkökulmansa” asemoinnin ohella juuri käytä aikaa metodologisiin pohdintoihin. Avunannon ja myötävaikuttamisen rajanvedon yhteydessä Luoto tosin mainitsee tutkimuksensa ”metodologiseksi tavoitteeksi” ymmärtää kotimaista avunantodoktriinia ja täydentää sen aukkokohtia saksalaisen rikosoikeustieteen avulla. Myöhemmin avunannon ja rikoskumppanuuden rajanvedon kannalta relevantteja osallisuusteorioita käsitellessään Luoto kertoo vielä metodikseen tältä osin valikoida erilaisia (kotimaisia ja saksalaisia) osallisuusteorioita niiden merkittävyyden perusteella ja analysoida sen jälkeen niiden etuja ja haittoja sekä yhteensopivuutta kotimaisen lain sanamuodon ja

⁵²⁰ Se, että Nuutila esim. valitsee työssään (aivan Lohsen tapaan) tuottamuksellisten rikosten näkemisen osana rikoksen yleistä rakennetta ja rikosoikeuden yleisiä oppeja oman tuottamuksellisia rikoksia koskevan systematiikan kehittämisen sijaan, ei suinkaan perustu koherenssin tavoitteluun, vaan nimenomaisesti Nuutilan yleiskäsitykseen systemaattisen päättelyn merkityksestä rikosoikeudessa; systemaattiset pohdinnat saavat tutkimuksessa aineellisille kysymyksille alisteisen aseman. Tyyppitapaussajattelun näiden omilla ehdoilla. (Nuutila 1996 s. 5, 12 ja 14)

⁵²¹ Ks. Nuutilan väitöskirjan käsittely jaksossa 2.2.1.2.

⁵²² Lohse 2012 s. 261.

⁵²³ Luoto 2018 s. 15.

⁵²⁴ Luoto katsoo ”teon moitittavuuden arvioinnin” synonyymiksi saksalaisessa rikosoikeusdogmatiikassa paljon käytetyn *Unrecht*-käsitteen. Tämän hän sitoo edelleen oikeushyvän loukkaamiseen, joka siis tapahtuu pääteikijän toiminnan välityksellä, mutta kuitenkin sillä tavoin itsenäisesti, että se voidaan lukea juuri avunantajan syyksi. Lopulta avunannon ilmentämä vääryys perustuu siihen, että avunantaja tahallisuudellaan edistää pääteikijän tahallista toimintaa tavalla, joka luo kielletyn riskin pääteikijän rikoksen toteutumisesta. (s. 41–43) Vaikkei Luoto tätä itse nimenomaisesti mainitse, näyttäisi hänen omaksumansa malli seuraavan tältä osin Claus Roxinin aksessorista oikeushyvän loukkaamista koskevaan teoriaan, jonka omaksumisen Luoto toteaa edellyttävän myös jonkinasteista Roxinin objektiivista syyksilukemista koskevan opin omaksumista (s. 41). Samoin Luodon esitystä tulkitsee vastaväittäjä Frände 2019 s. 97–99.

⁵²⁵ Luoto 2018 s. 15–16.

esitöiden kanssa pyrkimyksenään tätä kautta täsmentää kriteereitä, joiden perusteella rikoskumppanuus erotettaisiin avunannosta.⁵²⁶

Nähdäkseni kyseiset tutkimisen tapaa koskevat täsmennykset olisi voinut sisällyttää jo Johdanto-kappaleeseen. Lisäksi olisi ollut ehkä syytä jonkinlaiseen itsereflektioon sen suhteen, onko tässä todella paras – tai edes kovin hyvä – tapa kotimaisen avunantodoktriinin rakentamiseen, saatikka ymmärtämiseen. Luodon tutkimus rakentuu alusta loppuun erilaisten saksalaisten, ja paikoin myös kotimaisten, edellä esiteltuihin tutkimustehtäviin liittyvien teorioiden analysointiin. Näiden ohella argumentaatio rakentuu erilaisten – edelleen ensisijassa saksalaisten ja osittain myös kotimaisten – käsitteellisten systematisointien varaan. Esimerkiksi avunannon aksessorisuus-peruspilarin yhteydessä käsitellään *tosiasiallista*, *hypoteettista*, *määrällistä*, *laadullista*, *minimaalista*, *rajoitettua*, *ankaraa* ja *äärimmäistä* aksessorisuutta⁵²⁷. Jo edellä mainittujen avunannon ja rikoskumppanuuden väliseen rajanvetoon liittyvien teorioiden osalta tarkastelun kohteeksi ovat päätyneet *dolus*-, *intressi*-, *muodollis-objektiivinen* sekä *aineellis-objektiivinen* teoria, joista viimeisen osalta tarkastellaan saksalaista *teonherruusoppia*, joka puolestaan toimii yläkäsitteenä erilaisille teorioille, joista edelleen tarkastelun kohteeksi ovat päätyneet Welzelin *finaalinen* ja Roxinin *organisatorinen* teoria.⁵²⁸ Ja kaikille edellä mainituille teorioille, opeille ja käsitteille löytyy tietyksi saksalaiset alkukieliset termit.

Tutkimuksessaan Luoto esittelee siis suuren joukon ennen kaikkea saksalaisia oppeja pyrkien johtamaan niistä materiaalia kotimaisen avunantodoktriinin aukkokohtien täyttämiseksi. Vastaväittäjä Fränden tavoin argumentaation voi todeta mitä *dogmaattisimmaksi* sikäli, että koko tutkimus perustuu erilaisten oppien – dogmien – esittelyyn, analysointiin ja vertailuun. Itse argumentaatio – tai Frändettä edelleen seuraten ”argumentaatiotyö” – jää tosin melko niukaksi.⁵²⁹ Sinällään on toki selvää, että Luodon valitsema tutkimisen tapa on edellyttänyt paitsi tutkimuksen tekemisen aikaista ”syväasukellusta” saksalaiseen rikosoikeusdogmatiikkaan⁵³⁰ myös suuren osan itse väitöskirjasta käyttämisestä erilaisten (ja edelleen siis ennen kaikkea saksalaisten) teorioiden ja oppirakennelmien esittelemiseen.

Edellä on jo käsitelty Märten Knutsin väitöskirjaa vuodelta 2010, jota voi myös pitää hyvinkin dogmaattisena tutkimuksena. Yleisten oppien varaan rakentuvaa systemaattista dogmatiikkaa se ei kuitenkaan ole – ei ainakaan samassa määrin kuin Lohsen väitöskirja. Lohsen tavoin Knuts keskittyy rikoslain erityisen osan tunnusmerkistöjen tarkasteluun. Knuts katsoo tämän kuitenkin edellyttävän hyvin

⁵²⁶ Luoto 2018 s. 19–22, 164 ja 196–197.

⁵²⁷ Luoto 2018 s. 47–49.

⁵²⁸ Luoto 2018 s. 199–271.

⁵²⁹ Frände 2019 s. 97 ja 105. Eräänlainen kotimainen ääriesimerkki oman argumentatiivisen panoksen supistamisesta mitä erilaisimpien muiden teorioiden ja ajatusten esittelemiseksi tarjoaa Helena Vihriälän väitöskirja *Tahallisuuden näyttäminen* (2012), jossa Vihriälä johdattaa lukijansa läpi niin mielenfilosofiaa, kognitiotieteitä kuin lainoppiakin koskevien ja tahallisuuden näyttämiseen tavalla tai toisella liittyvien teorioiden. Tästä huolimatta vastaväittäjä Tolvanen 2012 s. 998–999 toteaa aivotutkimusten, psykologian ja mielenfilosofian esittelyn jäävän pakostakin pintapuoliseksi – vaikkei niistä siis lopulta löydetäkään ainakaan kovin vakuuttavaa tukea rikoslainopillisille tahallisuusteorioille. Tolvanen toteaa Vihriälän soveltavan kuitenkin pääosin lainopillista metodia, hallitsevan sen hyvin ja tutkimuksen olevan tieteellisesti vakuuttava ja tulosten perusteltu (s. 997 ja 999). Sen sijaan teoksesta kirja-arvostelun laatinut Dan Frände katsoo jäävän epäselväksi, millä perusteella Vihriälä on esittelemänsä kirjoittajat valinnut ja pitää VII-kappaleen osalta kirjoittajien valintaa suorastaan sattumanvaraisena. (Frände 2012b s. 618–619) Fränden arvion mukaan paljon Vihriälän sanomasta jää fragmentaariseksi ja heikosti perustelluksi (s. 620).

⁵³⁰ Vastaväittäjä Fränden arvion mukaan Luoto on selvinnyt tästä sukeluksesta ehjin nahoin saavuttaen siis relevantin saksalaisen kirjallisuuden käyttöä edellyttävän ymmärryksen ja otteen aihetta koskevasta saksalaisesta keskustelusta. Esim. lähdeluettelon osalta Frände toteaa Luodon esityksestä puuttuvan vain tietyt artikkelit sekä laajat pykäläkommentaarit, joiden saatavuuden Suomeen Frände arvelee hankalaksi. (Frände 2019 s. 97 ja 105)

voimakasta *kontekstualisointia* kulloinkin sääntelyn kohteena olevaan elämänalueeseen, kun taas yleisen osan kohdalla Knuts toteaa päinvastaisesti olennaiseksi yleisyyden ja koherenssin, joiden kohdalla kontekstualisointi saattaisi sen sijaan johtaa epätarkoituksenmukaiseen fragmentoitumiseen ja siis etääntymiseen koherenssivaatimuksesta⁵³¹. Knutsin tutkimuksen varsinainen normatiivinen IV-osa rakentuu toki informaatiopohjaisen ja markkinavoimapohjaisen kurssimanipulaation kaltaisten Knutsin suorittamien systemaattisten erottelujen varaan, mutta lopulta olennaiseen rooliin nousevat tältä pohjalta suoritettut tyyppitapausten varaan rakennetut konkretisoinnit. Systematisoinnin sijaan Knuts pyrkii nimenomaisesti esittämään konkreettisiin tyyppitapauksiin sidottuja tulkintasuosituksia.⁵³² Knuts ei Lohsen tavoin sido systematisointejaan niinkään rikosoikeuden yleisten oppien muodostamaan koherenttiin järjestelmään, vaan pikemminkin sisällöllisempiin seikkoihin; esimerkiksi informaatioperusteisen kurssimanipuloinnin taustalla vallitsee yleinen kielto valehdella, markkinavoimaperusteisen manipulaation taustalla puolestaan yleinen kielto pakottaa ketään (asiattomasti)⁵³³. Informaatioperusteista kurssimanipulointia jäsentäessään Knuts tosin tukeutuu yhtäältä vaarantamisrikoksia koskevaan teoreettiseen malliin ja toisaalta teon huolimattomuus -oppiin. Näidenkin – sinällään toki yleisiin oppeihin kuuluvien – teoreettisten syyksilukemisirakenteiden välinen valinta tehdään lopulta sisällöllisin – avoimen ideologisin – perustein. Eikä siis muodolliseen rikosoikeusjärjestelmän sisäiseen johdonmukaisuuteen tai muihin systemaattis-teoreettisiin näkökohtiin tukeutuen.⁵³⁴

Heli Korkka ilmoittaa vuoden 2015 väitöskirjansa tutkimuskysymyksekseen ”miten liiketoiminnan yhteydessä tai liiketoiminnallisessa ympäristössä tehdystä rikoksesta saatava taloudellinen hyöty on mitattavissa”. Tavoitteekseen Korkka asettaa systemaattisesti perustellun suosituksen siitä, miten hyödyn menettämistä koskevaa RL 10:2:ää olisi tulkittava ja sovellettava. Mittaamista koskevat ”erityiset yleiset opit” pyritään siis sovittamaan optimaalisella tavalla rikosoikeuden (ja tietyiltä osin myös vahingonkorvausoikeuden) yleisten oppien systematiikkaan.⁵³⁵ Korkka jakaa tutkimuksensa *teoreettiseen* ja *kontekstualisoivaan* osaan, joista ensimmäisessä muodostetaan asiaa koskeva systemaattisesti perusteltu teoreettinen malli eli tulkintasuositus ja jälkimmäisessä mallia sovelletaan RL 51:1:n sisäpiirintiedon väärinkäyttöön sekä käytännössä kahteen RL 48 luvun ympäristörikokseen⁵³⁶. Jako noudattaa Korkan ajatusta rikoshyödyn menettämissäännöksen *dogmaattisen tulkinnan*⁵³⁷ kahdesta erillisestä tasosta. Teoreettisen tason tulkinta tapahtuu erillään

⁵³¹ Knuts 2010 s. 15–16.

⁵³² Knuts 2010 s. 13 ja 18–20. Esim. informaatioperusteinen kurssimanipulaatio jakautuu edelleen kommunikaatio- ja transaktioperusteiseen manipulointiin, joiden varassa tyyppitapaukset jaotellaan (s. 267–324). Markkinavoimaperusteisen kurssimanipulaation kohdalla Knuts esittelee puolestaan kaksi apukäsitettä, *kurssikontrollin* ja *relevantit markkinat*, joiden pohjalta tyyppitapausten varaan rakennettu konkretisointi tapahtuu (s. 343–352). Jussi Tapani toteaa väitöskirja-arvostelussaan teoksen suurimmiksi ansioiksi juuri systemaattiset ja käsitteelliset analyysit liittäen vahvan systematisoivan tutkimusotteen nimenomaan konkretisointia koskevan IV-osan systemaattisiin ratkaisuihin. (Tapani 2011 s. 460–462)

⁵³³ Knuts 2010 s. 6–7. Tapani 2011 s. 461 pelkistää systematisoinnin perustaksi tältä osin kaksi moraalikäsitettä: *valheen* ja *pakon*.

⁵³⁴ Knuts 2010 s. 225–265. Ks. myös Tapani 2011 s. 461. Knutsin ideologista valintaa käsiteltiin jo edellä. Teon huolimattomuus -oppi (Knutsin ruotsinkielisessä esityksessä *gärningsculpa*) on Knutsille ”dogmaattinen analyysi-instrumentti”, jonka ”systemaattinen lisäarvo” perustuu niihin uusiin ulottuvuuksiin, joita oppi avaa seurauksen ja ei-kontrolloidun toiminnan yhteyden tarkasteluun (s. 256–257, nimenomaisesti alav. 840). Itse opin osalta hän ei sitoudu kovinkaan suorasti niin Nuuttilan (Roxinin pohjalta) kuin Frändenkään (Jareborgin pohjalta) kehittämään oppia koskevaan malliin (ks. s. 247–249 ja 261).

⁵³⁵ Korkka 2015 s. 5–6.

⁵³⁶ Korkka 2015 s. 11 ja 221.

⁵³⁷ Korkka erottaa oikeustieteellisestä ”dogmaattisesta tulkinnasta” vielä tuomarin ”konkreettisen ratkaisun”. Koska ensimmäisessä on kyse yksittäistapausta laajemmasta tulkintasuosituksesta, edellyttää se myös systemaattista lähestymistapaa. Oikeustieteen näkökulma jää siten tuomarin näkökulmaa abstraktimmaksi. (Korkka 2015 s. 71 erit. alav. 42) Samantapaisesti Ohisalo 2004 s. 30 puhuu ”abstraktista tulkinnasta” ja ”konkreettisesta soveltamisesta”. Ohisalo viittaa edelleen Ekelöfiin, joka havainnollistaa asiaa teologian piiristä ottamallaan erottelulla: eksegeetikon ”*explication*” ja saamaajan ”*application*”.

rikostunnusmerkistöistä ja siis yleisesti soveltuvien tutkimustulosten saavuttamiseksi. Vasta tämän jälkeen tarkastellaan RL 10:2:n ja tietyn rikostunnusmerkistön suhdetta nimenomaan kyseisen rikostyyppin sisäisen tulkintasuosituksen muodostamiseksi.⁵³⁸

Ennen tätä kaikkea Korkka suorittaa vielä ”metodologisen kannanoton”⁵³⁹ pyrkimällä muotoilemaan nimenomaan RL 10:2:n yhteydessä sovellettavan tulkintametodin. Ehkä mielenkiintoisimpana kantanaan Korkka esittää ajatuksen siitä, kuinka ”lainoppi *tulkitsee systematisoimalla*”. Lainopin tulkintakäytännöt ovat (”dogmaattisena tulkintana”) korostuneen systemaattisia pyrkien yksittäisten oikeusongelmien ratkaisemisen sijaan asettamaan ongelmat tietyn oikeudenalan kokonaisuuteen.⁵⁴⁰ Tämä ”systematisoimalla tulkitseminen” ei merkitse niinkään Lohsen tapaista lähioppeihin liittyvän koherenssin tavoittelua. Sen sijaan Korkka sitoo rikoshyödyn mittaamisen kahden oikeusperiaatteen – rikastumis- ja rankaisukieltoperiaatteen – varaan rakennettuun *tulkintasysteemiin*, jonka katsoo ylläpitävän tulkinnan yhdenmukaisuutta⁵⁴¹. Tältä pohjalta Korkka jäsentää edelleen rikoshyödyn mittaamiselle teoreettisen 6-portaisen kriteeristön, jonka kautta rikoshyöty saadaan askel askeleelta mitattua.⁵⁴² Nimenomaan oikeusperiaatteet nousevat tutkimuksessa keskeiseen rooliin. Rikastumis- ja rankaisukieltoperiaatteiden hyödyntämistä voikin Korkan mukaan pitää ”tavoiteorientoituneena laintulkintana”⁵⁴³.

Korkan suhde systematiikkaan on mielenkiintoinen. Hän painottaa useaan otteeseen systematiikan merkitystä, mutta rakentaa kuitenkin työnsä tavoiteorientoituneesti periaatepunninnan varaan. Vastaväittäjä Jussi Tapani tulkitsi Korkan käsittävän lainopillisen tutkimuksen tärkeimmäksi tehtäväksi systematiikan kehittämisen – ilman systematiikkaa kun ei ole mahdollista rakentaa ratkaisukykyisiä oikeudellisia argumentteja. Korkan ”systematiikkahakuisuutta” ilmentävänä seikkana Tapani nostaa esiin juuri kuusiportaisen menettämisseuraamuksen rakennemallin, jonka hän arvioi muodostuvan myös lainkäytön näkökulmasta käyttökelpoiseksi.⁵⁴⁴ Knutsin väitöskirjan tavoin Korkan tutkimuksen systemaattisuus liittyy ennen kaikkea analyyttisiin porrastuksiin ja erilaisten kriteeristöjen laatimiseen. Korkka yhdistää itsekin periaatteiden avulla yleisiin oppeihin tuotettavan tapauskohtaisen joustavuuden jälkianalyttiseen lainopilliseen tutkimukseen. Korkalle lainopin edellyttämä teoreettinen perusta merkitsee nimenomaan teoreettista kriteeristöä, joka tähtää lopulta konkreettisen juridisen ongelman ratkaisemiseen.⁵⁴⁵

Korkan (analyyttistä) ”systeemihaakuista” ilmentää hyvin myös tämän tuoreempi artikkelitutkimus, jossa Korkka pyrkii selvittämään, miten RL 9:2.1:ssä oikeushenkilön rangaistusvastuulta edellytettyä huolellisuusvelvollisuutta olisi tulkittava. Tämä tapahtuu analysoimalla kyseisen ”organisaatiohuolimattomuuden”

⁵³⁸ Korkka 2015 s. 71.

⁵³⁹ Korkka 2015 s. 61.

⁵⁴⁰ Korkka 2015 s. 75.

⁵⁴¹ Korkka 2015 s. 75–76.

⁵⁴² Rikastumis- ja rankaisukieltoperiaatteiden varaan rakentuva tulkintasysteemi hahmotellaan s. 73–80, minkä jälkeen s. 85–217 käsitellään kohta kohdalta rangaistuksen mittaamisen kriteereitä tai vaiheita. Korkka jaottelee nämä primäärikriteereihin (1) täyttynyt rikostunnusmerkistö, 2) saatu taloudellinen hyöty, 3) rikoksen ja hyödyn välinen syy-yhteys sekä 4) rikoshyödyn bruttomäärästä tehtävät kuluvähennykset) ja sekundaarikriteereihin (5) rikoshyödyn arviointi ja 6) rikoshyödyn kohtuullistaminen). Koska syy-yhteyksianalyysi sisältää sekä rikos- että hyötykriteerit, eikä niitä siis käsitellä tutkimuksessa erikseen, jää nimenomaisesti analysoitavia kriteerejä lopulta neljä. (s. 19–24)

⁵⁴³ Korkka 2015 s. 61.

⁵⁴⁴ Tapani 2016b s. 175–177 ja 181. Tapani nostaa tutkimuksen vahvuudeksi juuri käsitteellisen tarkkuuden ja systematiikan tuottaman koherenssin.

⁵⁴⁵ Korkka 2015 s. 3–5, joissa Korkka kuvailee ”modernin lainopin ideaaliaan” konkreettista juridista ongelmanratkaisua tukevana toimintana. Lainopillisen tutkimuksen jälkianalyttisen vaiheen osalta Korkka viittaa nimenomaan Kaarlo Tuorin ajatuksiin (s. 4 alav. 2 ja Tuori 2002 s. 902–903).

vastuurakennetta ja sen osatekijöiden sisältöä. Juuri tätä kautta Korkka katsoo kehittävänsä yleisiä oppeja kyseiselle vastuulajille, joka ei sovi yhteen perinteisen rikoslainopin yksilön rangaistusvastuun pohjalta kehitettyjen oppien kanssa.⁵⁴⁶

Korkan niin väitöskirjassaan kuin edellisessä artikkelissaankin omaksumien yksittäisten ratkaisujen analyttisestä systeemihakuisuudesta kertoo mielestäni parhaiten tapa, jolla Korkka jäsentää syy-yhteyttä eli kausaalisuutta⁵⁴⁷. Korkka lähtee liikkeelle ajatuksesta erottaa faktinen kausaliteetti juridisesta relevanssistaan. Korkan mukaan kysymys siitä, ”mitä on tapahtunut ja miten seuraus syntyi?” on toisin sanoen mahdollista erottaa siitä, mikä on vaikkapa rikos- tai vahingonkorvausoikeudellisesti merkityksellistä. Tällaisesta kaksitasoisesta ajattelumallista kiinnipitäminen on Korkan mukaan tärkeää jo ajattelun selkeyden vuoksi – edellyttäähän ”faktisen kausaliteetin juridisen relevanssin” tutkiminen jo terminologisestikin sitä, että ennen relevanssin selvittämistä on tiedettävä, mitä faktista tapahtumainkulkua arvioidaan!⁵⁴⁸ Märten Schultzin esimerkkiä seuraten Korkka päättyy siihen, että kysymys faktisesta kausaalisuudesta on ratkaistavissa ennen kaikkea amerikkalaisessa vahingonkorvausoikeudessa kehitetyn niin sanotun NESS-testin perusteella, minkä jälkeen voidaan edelleen ratkaista kysymys siitä, miltä osin NESS-testin rajaama syiden joukko on juridisesti relevantti. Olennaista on se, että juridinen päätöksenteko – ja ylipäänsä ajattelu – perustuu kohta kohdalta, askel askeleelta, etenevään check-listan tyyppiseen malliin, jota seuraamalla päädytään lopulta perusteltuun lopputulokseen.

Todettakoon jo tässä vaiheessa tämänkaltaisen check-lista -ajattelun sopivan erinomaisen huonosti yhteen tässä tutkimuksessa omaksumani hermeneuttisen maailmankuvan kanssa. Hermeneutiikan aapistotuuden valossa ajatus faktojen ja normien kategorisesta erottamisesta on kaikessa mahdollisuudessaan älytön ja tästä johtuen myös vaarallinen. Maailma on täynnä faktisia asiointiloja (mukaan lukien mitä erilaisimpia tapahtumien taustalla vallitsevia syitä), joiden pelkkä inhimillinen ajattelu edellyttää jonkinlaisia arvostuksia ja myös normatiivisia sitoumuksia. Juridisen ajattelun maailma jäsentyy edes jollain tapaa hallittavaksi juridisten normien kautta, eivätkä juridiset normit puolestaan ole millään lailla riippumattomia ulkoisen maailman asiointiloista. Olen yrittänyt tuoda tätä näkökulmaa tarkemmin esiin ennen kaikkea Schultzin, ja siis myös Korkan, ajatteluun kohdistamassani kritiikissä⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Korkka 2019a. Tehtävänasettelusta nimenomaisesti s. 313–314 ja 335.

⁵⁴⁷ Kyse ei ole millään tapaa vähäisestä tutkimuksellisesta sivujuonteesta, vaan Korkka toteaa itsekin omaksumansa syy-yhteyksmallin muodostavan väitöskirjatutkimuksensa ytimen. Vielä olennaisempaa on se, että Korkka ajattelee osoittavansa väitöskirjassaan juridisesti mielenkiintoiset syy- ja seuraussuhteet eri oikeudenaloillakin merkittäviltä osin samankaltaisiksi ja siis saman teoreettisen mallin piirissä ratkaistaviksi. (Korkka 2015 s. 3 ja 83) Kausaalisuuskysymyksiin liittyvä kaksitasomalli muodostaa perustan myös Korkan vahingonkorvausoikeudellista syy-yhteystarkastelua koskevalle artikkelille (Korkka 2016).

⁵⁴⁸ Korkka 2015 s. 14, 85, 93–95, 127 ja 222. Tältä osin on syytä huomata, että faktisen ja normatiivisen tason erottelua kausaliteetin osalta on käsitelty vielä Korkkaa huomattavasti syvällisemmin Märten Schultzin väitöskirjassaan *Kausalitet* (2007), joka siis keskittyy yksinomaan kausaalisuuskysymyksiin, joskin toki vahingonkorvausoikeudessa. Kaksijakoisesta kausaalisuusmallista kiinnostuneen onkin syytä perehtyä myös Schultzin tutkimukseen, jossa (Korkan jo sivumääränsä puolesta huomattavasti pinnallisemmasta analyysistä poiketen) tuodaan esiin myös mallin olennaisia rajoitteita sekä näihin liittyviä mahdollisuuksia kausaalisuusarviointien manipulointiin (ks. Schultz 2007 erit. s. 254–256, 334–340, 356 ja 444–445). Sekä Korkka että Schultz antavat ymmärtää kausaalisuusmalliensa soveltuvan muun ohella myös rikosoikeuteen (Schultz 2007 s. 64 ja Korkka 2015 s. 99 ja myös Korkka 2016 s. 693 sekä Korkka 2019a s. 326–327).

⁵⁴⁹ Rankinen 2018. Uskoakseni asian voi havaita myös lukemalla tarkkaan Korkan jo edellä mainittua RL 9:2.1:n ns. organisaatiohuolimattomuutta käsittelevää artikkelia (Korkka 2019a). Artikkelissaan Korkka toteaa organisaatiohuolimattomuuden edellyttävän huolimattomuuden ja sen seurauksena syntyneen organisaation toiminnassa tehdyn rikoksen (eli siis huolimattomuuden seurauksen) syy-yhteyttä. Tilanne on hyvin samanlainen kuin luonnollisen henkilön seurausrikosvastuun kohdalla. Molempien osalta objektiivisen tunnusmerkistön analyysi rakentuukin Korkan mukaan ”perinteisesti” syy-yhteyshedellytyksen ja teon huolimattomuus -opin varaan, joista siis jälkimmäisen avulla arvioidaan syy-yhteyden oikeudellista relevanssia. Luonnollisesta henkilöstä poiketen oikeushenkilön organisaatiohuolimattomuuden tarkastelu on Korkan mukaan kuitenkin syytä aloittaa syy-yhteyden sijaan objektiivisesta huolellisuusvelvoitteesta, koska relevantin

Edellisen esityksen valossa myös yleisiä oppeja painottavan dogmaattisen tutkimuksen osalta näyttäisi mahdolliseksi eritellä keskenään varsin erilaisia lähestymistapoja, joissa abstraktisuus sekä systematiikan ja yleisten oppien – ja oppien ylipäänsäkin – merkitys ja painotukset vaihtelevat huomattavasti. Tältä osin voidaan turvautua jo edellä ”kriminaalipoliittisesti orientoituneen lainopin” yhteydessä omaksuttuun kolmiportaiseen jaotteluun:

1) Ensinnäkin voidaan puhua suoranaisestä systematiikasta päättelemisestä, jonka osalta Lohsen väitöskirja lienee selvin kotimainen esimerkki.

2) Toiseksi dogmaattinen tutkimus on mahdollista rakentaa erilaisten oppien käsittelyn varaan, mistä Luodon väitöskirja tarjoaa tuoreen ja ennen kaikkea saksalaispainotteisen esimerkin⁵⁵⁰.

3) Kolmantena vaihtoehtona voidaan keskittyä systemaattisten ja analyttisten jaotteluiden hyödyntämiseen, mitä Suomessa ovat nähdäkseni tehneet ennen kaikkea Märten Knuts sekä Heli Korkka⁵⁵¹.

Jälleen kerran tämänkaltaiset jaottelut jäävät lähinnä pedagogiseksi yksinkertaistuksiksi, mistä Heli Korkan väitöskirja käy erinomaiseksi esimerkiksi. Erillisen teoreettis-metodologisia sitoumuksia käsittelevän jakson puuttuessa tutkimuksen sitoumukset on vastaväittäjä Tapanin toteaman mukaisesti etsittävä eri puolilta tutkimusta löytyvistä teoreettisista kannanotoista⁵⁵², joiden yhdistely johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi ei ole mitenkään helppo tehtävä. ”Systematisoimalla tulkitseminen” ja ”periaatteiden muodostama tulkintasysteemi” saattavat kuulostaa jo itsessäänkin lähinnä ristiriitaisilta metodisilta iskulauseilta. Silti niiden pohjalta on mahdollista tehdä hyvinkin laadukasta ja perusteltua

normiperustan ja sen perusteella edellytetyn toiminnan määrittäminen on usein monimutkaisempaa kuin luonnollisen henkilön rikosvastuussa. Ennen syy-yhteyksedellytyksen arviointia on siis tiedettävä, minkä seikan aiheuttamisvoimaa edes tutkitaan. (Korkka 2019a s. 317–318) Myöhemmin Korkka toteaa normista poikkeavan toiminnan rikosvastuun kannalta merkitykselliseksi, mikäli sillä luodaan riski suhteessa oikeushenkilön toiminnassa tapahtuvaan rikokseen (s. 321) – näin vaikka edellisellä sivulla hän ehti rajata riskinoton relevanssin tarkastelun tarpeettomaksi organisaatiohuolimattomuuden osalta, koska arveli syy-yhteydessä tapahtuneeseen seuraukseen (eli organisaation puitteissa tehtyyn rikokseen) olevan kielletyn riskinoton aina relevantiksi (s. 320 alav. 24). Lukija joutuu kysymään, eikö Korkka siis nyt kuitenkin edellytä kielletyltä riskinotolta relevanssia? Etenkin kun hän myöhemmin s. 326 alav. 43 näyttäisi ymmärtävän syy-yhteydellä oikeushenkilön velvollisuuksien rikkomisen kautta tehtävän rikoksen riskin olennaista kasvua. Vähintäänään Korkka ei näyttäisi kykenevän pitämään kiinni syy-yhteyden tarkastelusta vasta objektiivisen huolellisuusvelvoitteen jälkeen. Hänhän sitoo vahinkoseurauksen todennäköisyyden osaksi kielletyn riskinoton arviointia!

⁵⁵⁰ Toinen esimerkki saksalaisten oppien varaan rakentuvasta systematiikasta on Dan Heleniuksen vuoden 2014 väitöskirja, jonka pohjalla on nimenomaan huoli ja ihmetys rikosoikeudellista toimivaltaa koskevien normien systematiikan puutteellisuudesta (Helenius 2014 s. 5). Työn pääasialliseksi metodiksi Helenius ilmoittaa ”oikeustieteen ytimeksi” luonnehtimansa *oikeusdogmatiikan*, jonka Helenius määrittelee *oikeudellisen systeemin* – tai ”voimassa olevan oikeuden” (gällande rätt) – *rationaaliseksi rekonstruktioksi*. Tutkimuksensa läpikäyväksi tarkoitukseksi Helenius ilmoittaa mallin (”en struktur”) luomisen rikosoikeudellisen toimivaltaoikeuden ymmärtämiseksi. (s. 10–11 ja 15. ”Rakenteen laatimisesta” ks. myös Helenius 2015 s. 1142) Hyviä esimerkkejä rakenteellis-dogmaattisesta ja analyttisestä ajattelusta ovat esim. ”toimivaltaoikeuden” asettaminen kontekstiinsa analysoimalla sen rakenteellisia yhteyksiä muihin kansainvälisen rikosoikeuden osa-alueisiin (Helenius 2014 s. 18 ja 21–75) sekä ”toimivallan” käsitteen analyysi, joka johtaa kahtiajakoon yhtäältä prosessuaaliseen tuomiovalttaan ja toisaalta materiaalliseen rangaistusvalttaan (s. 77–87). Tältä osin on huomattava, ettei Helenius lopulta omien sanojensakaan mukaisesti ole kiinnostunut tietyn rikosoikeusjärjestelmän ”voimassa olevasta oikeudesta”, vaan rikosoikeudellisesta toimivallasta ”yleisenä oikeudellisena ilmiönä”. Lopulta työn metodiksi muodostuikin ”funktionaalinen oikeusvertailu”, jossa suomalaista, ruotsalaista, tanskalaista ja ennen kaikkea saksalaista oikeusjärjestelmää analysoimalla pyritään löytämään niitä yhdistäviä ja erottavia nimittäjiä. (s. 15–17) Paljon yhtymäkohtia myös Korkan väitöskirjaan löytyy toki sikäli, että periaatteet ovat myös Heleniuksella vahvasti esillä.

⁵⁵¹ Knutsin ja Korkan edellä mainittuja tutkimuksia selvästi yksinkertaisempana esimerkkinä kotimaista systematisoinnista voidaan mainita vielä Sami Nevalaisen artikkeli *Kyberrikokset ja Suomen rikosoikeus* (Nevalainen 2019), jossa tavoitteena on ”tiivistetyn yleiskuvan antaminen kyberrikoksista Suomen oikeusjärjestyksessä” ja menetelmänä yksinkertaisesti vain jäsentää ”kyberrikosten ydinalue” erilaisten rikostunnusmerkistöjen alaisuuteen (ks. ennen kaikkea s. 147 kaavio). Kirjoituksessa painotetaankin huolta eri tunnusmerkistöjen päällekkäisyydestä ja siis niiden muodostaman kokonaisuuden tarkoituksenmukaisuudesta. Kirjoitus on tavallaan malliesimerkki siitä, kuinka systematisointiin pyrkivän lainopin ei tarvitse olla valttava teoreettista.

⁵⁵² Tapani 2016 s. 175.

(rikos)lainoppia. Korkan väitöskirja johdattaa meidät edelleen seuraavaan rikoslainopilliseen muoti-ilmiöön eli oikeusperiaatteilla operoimiseen.

2.2.3 Oikeusperiaatteet ja niillä ajattelu

”Alla vet väl vad en princip är? – i vart fall i princip.”

(Nils Jareborg⁵⁵³)

2.2.3.1 Yleistä

Åke Frändbergille omistetussa juhlakirja-artikkelissaan *Vad är en princip?* (2003) Nils Jareborg esittelee kielifilosofiselle lähestymistavalleen uskollisesti latinalaisperäisen *princip*-sanan erilaisia käyttöyhteyksiä aina 1. Mooseksen kirjan luomiskertomuksesta 1900-luvun fysiikkaan ja Gavrilon Principiin. Tältä pohjalta Jareborg toteaa periaatteille näyttävän olevan yhteistä se, että ne edeltävät, pohjustavat tai ohjaavat jotain muuta. Tämä muu voi merkitä mitä erilaisimpia asioita fyysisestä maailmasta oikeusjärjestelmään ja yksilön käyttäytymiseen. Jareborgin mukaan periaatteilla näyttää olevan aina jotain tekemistä kausaalisuuden tai rationaalisuuden, syiden tai perusteiden kanssa.⁵⁵⁴ Teksti huipentuu Jareborgin omaan näkemykseen siitä, mitä oikeusperiaatteilla pitäisi ymmärtää – kysymykseen, jota kirjoittaja itse ei pidä lopulta kovinkaan mielenkiintoisena!⁵⁵⁵

Totaalisten mielenkiinnottomuuksien käsittely yleisen oikeustieteen professorin juhlakirjassa ei toki olisi ennen kuulumatonta, mutta kaiketi kuitenkin epäkunnioittavaa. Oikeusperiaatteiden kohdalla kyse ei kuitenkaan – ja etenkin 2000-luvun alussa – ollut mielenkiintoa vailla olevasta teemasta. Sen sijaan ”periaateajattelua” voi pitää valtavana 1900-luvun loppupuolen ja edelleen koko 2000-luvun menestystarinana.

Asiasta kertoo paljon Suomessa samaisena vuonna julkaistu Petter Kavoniuksen väitöskirjatutkimus *Tarpeidenmukainen oikeusperiaateajattelu* (2003), jonka aiheeksi siis riitti oikeusperiaateajattelun viehätysvoiman perusteiden ja selityksen etsiminen⁵⁵⁶. Kavonius mieltääkin teoksensa tutkimusmatkaksi oikeudellisen ajattelun maailmaan – eräänlaiseksi yleiseksi juristiin kohdistuvaksi ”mielentilatutkimukseksi”⁵⁵⁷. Kavonius korostaa oikeutta koskevan ajattelun – samoin kuin kaiken oikeutta koskevan kokemisen ja reagoimisen – olevan *artefaktista*, tarpeidenmukaista. Juuri periaatteiden kautta ajattelemisen merkitsee tutkimuksen mukaan välinettä, jolla juristi kykenee vastaamaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan kontrolloitavuuden, kommunikaation, ennakoitavuuden ja ylipäänsä tiedollisen hallinnan tarpeeseen.⁵⁵⁸ Kyse ei ole mistä tahansa välineestä, vaan oikeudellisen tiedonhallinnan yleistyökalusta ja ajattelustrategiasta, jota Kavonius vertaa tutkimusmatkansa varrella niin ”yllätyksellisen moniteräiseen Sveitsin armeijan

⁵⁵³ Jareborg 2003 s. 137.

⁵⁵⁴ Jareborg 2003 s. 137–139.

⁵⁵⁵ ”En rättsprincip är alltid en rättsregel. En rättsprincip är alltid en böra-regel. En rättsprincip är således en rättsregel som inte nödvändigtvis överträds om man inte följer den.” (Jareborg 2003 s. 142)

⁵⁵⁶ Kavonius 2003 s. 6.

⁵⁵⁷ Kavonius 2003 s. 7–8, 17, 55, 73 ja 141.

⁵⁵⁸ Kavonius 2003 s. 7, 32, 163–164, 171, 179 ja 180–181. Lopulta olennaiseksi nousee memeettisen kulttuuriperinnön tiedostaminen ja tätä kautta mahdollisuus myös sen kontrollointiin. Kyse on humanistisesta ideaalista ihmisestä elämäänsä ohjaavana vastuullisena olentona. Kavonius toteaaakin ”tutkimusmatkansa” ainoaksi selkeäksi suositukseksi kehotuksen pyrkiä juristin kasvavaan itsetiedostukseen, itsekontrolliin ja rationaalisuuteen. (s. 47–48) Tältä osin ollaan uskoakseni varsin lähellä edellä muotoilemani ajatusta *piittaamattomuuden metodista*.

linkkuveitseen”, ”oikeudellisen tiedon suojalunta tehokkaasti keräävään lumipalloon” kuin ”lonkeroidensa avulla linkkiyhteyksiä yleisen ja yksityiskohtaisen välillä muodostavaan mustekalaan”⁵⁵⁹. Se on keino laajentaa ihmiselle ainutlaatuista ja fundamentaalista ”kielellisen tiedostamisen” piiriä, jota vielä vastaperiaatteiden huomiointi entisestään edistää⁵⁶⁰. Sen kautta juristi voi karistaa itsestään kielellisesti tiedostamatonta, vaistomaista ja emotionaalista ”kesyttämättömän luonnon” ja ”vanhan apinan” perintöä luoden tilaa nyansoidusti kontrolloidulle ”kulttuuri-ihmiselle”⁵⁶¹.

Tutkimuksessa omaksutun monelle juristille varmasti hyvinkin vieraan evoluutiobiologisen kielenkäytön ei kannata antaa häiritä. Kavoniuksen tutkimuksesta suorastaan huokuu, niin aihevalintansa kuin toteutuksensakin kautta, se valtava innostus ja suoranainen huumi, jolla oikeusperiaatteisiin etenkin 2000-luvun taitteessa suhtauduttiin. Tutkimuksen päätöskappaleessa todetaan oikeusperiaateajattelu tulleen osoitetuksi hyväksi – ja suorastaan vahvaksi – vaihtoehdoksi erilaisten oikeutta koskevien tarpeiden tyydyttämiseen. Siitä, onko kyse parhaasta vaihtoehdosta, tai löytykö ajattelumallille edes vahvoja haastajia, ei Kavonius kykene tutkimuksensa perusteella esittämään muuta kuin ilmaan jäävän kysymyksen.⁵⁶²

Mitä sitten ovat nämä Kavoniuksen oikeusperiaatteisiin liittämät ylivertaiset ominaisuudet? Käytännössä ne kiteytyvät Kavoniuksen esityksessä ymmärtääkseni kolmeen seikkaan. *Ensinnäkin* oikeusperiaatteet ovat oikeussääntöjä avoimemmin sidoksissa oikeuden tausta-arvoihin ja tavoitteisiin. Periaateilla operointi – ehkä ennen kaikkea niiden keskinäinen punninta – avaa oikeudellisen ratkaisun premissien muodostumista juuri arvostuksenvaraisten ja tavoitteellisten seikkojen suuntaan.⁵⁶³ *Toiseksi* oikeusperiaatteet kykenevät luomaan yhteyksiä oikeudellisen tiedon välille laajemminkin. Ne keräävät yhteen paitsi jonkinlaisen *samuuden* yhdistämiä arvoja ja tavoitteita, myös säädöstekstejä, ratkaisukäytäntöä ja muitakin auktoritatiivisia tekstejä. Lopputuloksena on oikeudellisen tiedon verkosto – kokonaisuus, jossa nimenomaan periaatteet yhdistävät erilaiset tiedon palaset toisiinsa.⁵⁶⁴ *Kolmanneksi* oikeusperiaateilla ja niiden vastaperiaateilla operointi tuo ajatteluun mukaan toiseuden ja dialektiikan auttaen näin laajentamaan oikeudellisten tarkastelujen perspektiiviä. Juuri tätä kautta on myös mahdollista hakea tarkoituksenmukaista rajaa

⁵⁵⁹ Ks. Kavonius 2003 s. 199 ja 262. Erit. *linkkuveitsestä* s. 171–172 ja 199, *lumipallosta* s. 222–223 ja 392 sekä *mustekalasta* s. 238.

⁵⁶⁰ Kavonius 2003 s. 157–158, 168, 173 ja 409.

⁵⁶¹ Kavonius 2003 s. 39, 46 ja 180. Kavoniuksen tutkimus edustaa jo 2000-luvun alussa globaalillakin tasolla marginaalista *law & evolutionary biology* -tutkimussuuntausta, jonka Kavonius suomentaa mielestäni monessakin mielessä harhaanjohtavasti ”moderniksi luonnonoikeudeksi” –, mutta luonnehtii sen sijaan sitäkin osuvammin oikeustieteen tutkijan kannalta ”riskisijoitukseksi” (s. 40–43). Evoluutiobiologisen taustan lisäksi erityisesti hyvin voimakas Nietzschen ajatteluun tukeutuminen selittää uskoakseni suurimmaksi osaksi Kavoniuksen omintakeiset sanavalinnat. Ks. esim. Kavonius 2003 s. 141, jossa hän nostaa tutkimusmatkansa osalta esiin juuri darwinilaisen paradigman sekä Nietzschen ”iloisen tieteen” perinnön. Omintakeisten sanavalintojen lisäksi tutkimus on toki monissa kohdin myös aidosti vaikeasti seurattava, mihin uskoisin olevan syynä se hyvin erilaisten filosofioiden ja oikeusteorioiden paitsi värikäs myös useassa kohdin pintapuolisen olinen yhdistely, johon vastaväittäjätkin puuttuvat (Kamppinen–Pöyhönen 2004, s. 167–170).

⁵⁶² Kavonius 2003 s. 461 ja 462. Ks. myös Virolainen 1999 s. 124, joka toteaa periaateargumentaation jonkinlaiseksi muoti-ilmiöksi, jonka tarjoamaan ”hyvään ja kauniiseen” muotoon melkein pä kaikki olennainen sanottava nykyisin halutaan pukea. Virolaisen mukaan esim. siviiliprosessi alkaakin tämän seurauksena muistuttaa ”periaatteilla kuorrutettua, maukkaannäköistä kakkua”. Virolainen itse katsookin aiheelliseksi muistuttaa, ettei pelkien periaatteiden, arvojen ja tavoitteiden asettelulla prosessitodellisuudessa pitkälle pärjää.

⁵⁶³ Kavonius 2003 s. 25.

⁵⁶⁴ Kavonius 2003 s. 173, 202, 222–223 ja 392.

yhäältä yliviirittyneen ja traditioon jämähtäneen (kollektiivisen) tyhmydentahdon sekä toisaalta fundamentaalisesti yksityisen oikeuden ääripäiden välillä.⁵⁶⁵

Evoluutiobiologisille lähtökohdilleen uskollisesti Kavonius muistuttaa 40 % ihmisaivojen massasta koostuvan solujen välisistä synapseista eli neuraalikytkennoistä. Oppiminen ja muisti perustuvat nimenomaan tähän synapsien verkkoon, eivät niinkään soluihin. Mikäli juristin fundamentaalisesti pyrkimykseksi ajatellaan oikeudellisen tiedon hallinta mielekkäinä kokonaisuuksina (johtukoonpa tämä kulttuurisista tai biologisista syistä), on hänellä Kavoniuksen mukaan selvä *tarve* kyetä hallitsemaan oikeudellista tietoa juuri tällä tavoin. Kavoniuksen mukaan: ”(o)ikeusperiaateajattelu palvelee juristisubjektimme pyrkimystä tiedolliseen hallintaan samalla yhteyksien luomisen strategialla, jolla elämä itse on toiminut evoluution kehittäessä entistä laajempien kokonaisyhteyksien strategialla toimivaa elämää”.⁵⁶⁶

Monessa mielessä Kavoniuksen tutkimusta vastaavana oikeusperiaateajattelun ylistyksenä voidaan nimenomaan rikosoikeuden saralta nostaa esiin Magnus Ulvängin teksti *Om Straffrätt och principer* (2009), jossa rikosoikeusjärjestelmää verrataan aivojen sijaan katedraaliin, joka Barcelonan La Sagrada Familian kaltaisen päättymättömän projektin tavoin jatkuu vuodesta toiseen lainsäädännön, oikeuskäytännön ja oikeustieteen välisenä vuorovaikutuksena – sinällään toki kulloisistakin pyrkimyksistä, kauneusihanteista ja myös rahoitusnäkyistä riippuvaisena. Periaatteet merkitsevät Ulvängin katedraali-metaforassa *laastia*, joka pitää mitä erilaisimmat rikosoikeuden rakennusosaset yhdessä luoden hajanaisesta rakennusaineksesta systeemin ja kokonaisuuden – katedraalin, oppituolin⁵⁶⁷. Olennaiseksi osaksi Ulvängin metaforaa muodostuu ajatus siitä, mitä periaatteiden poistaminen (tai pelkkä huolimaton työstäminen) aiheuttaisi. Pahimmillaan koko rakennelma sortuisi – koherenssi murtuisi tai vähintäänkin systeemin rationaalisuus jäisi puutteelliseksi.⁵⁶⁸

Ulvängin mukaan periaatteet näyttelevät täysin ratkaisevaa roolia erilaisia arvoja ja ideologioita täynnä olevassa rikosoikeudessa, joka ei yksinkertaisesti selviäisi ilman niitä⁵⁶⁹. Ulvängin ajattelua leimaavat koherenssi ja systeemirationaalisuus ja esityksessä korostuvatkin ennen kaikkea kaksi ensimmäistä niistä tehtävistä, joita periaatteille Kavoniuksen ajattelun pohjalta hahmottelin. Rikosoikeudelliseen systeemiin luo Ulvängin mukaan koherenssia juuri periaatteiden kyky muodostaa yhteys sääntöjen ja arvojen välillä. Ne muodostavat kanavan, jonka kautta

⁵⁶⁵ Kavonius 2003 s. 392–404 ja 432.

⁵⁶⁶ Kavonius 2003 s. 224–225.

⁵⁶⁷ Latinaksi *ecclesia cathedralis* (”kirkko, jossa piispanistuin”), kreikaksi *kathēdra* (oppituoli, valtaistuin), Oxford-sanakirjan mukaan ”the principal church” (ks. esim. Ulväng 2009 s. 149–154). Kirkkometaforista ks. myös Klami 1985 s. 259–270, jossa Klami rinnastaa Tuomas Akvinalaisen ajattelun johdonmukaisuuden ja huolellisuuden goottilaisiin katedraaleihin, joissa yksityiskohdat palvelevat huipentuvaa kokonaisuutta. Myöhemmässä keskiajan keskustelussa Akvinalaisen ajatukset ”hajoavat” Klammin mukaan myöhäiskeskiaikaiselle ajattelulle ja kulttuurille yleisemminkin ominaiseen tapaan – aivan kuten kirkkotaiteessakin rakenteiden ja koristeiden harmonia särkyi.

⁵⁶⁸ Ulväng 2009 s. 151–154, 224 ja 229. Katedraalin rakentamisen ja ylläpidon puutteista ks. s. 225–256. Niin Kavonius kuin Ulvängkin painottavat nimenomaisesti periaatteiden kautta muodostuvaa *koherenttia kokonaisuutta*. Tässä tullaan hyvin lähelle kognitiopsykologiassa 1980-luvulta lähtien kehiteltyjä ajatuksia konnektiivisista malleista kognitiivisten prosessien selittäjinä. Myös näissä olennaista roolia näyttelevät erilaisten yhteyksien, linkkien, muodostamat kokonaisuudet, joiden kautta eri asiat joko kuuluvat tai eivät kuulu yhteen. Lopputuloksena on dynaaminen, joustava ja kontekstisidonnainen kokonaisuus, jossa suuri määrä erilaisia informaatiolähteitä kytetään liittämään yhdeksi holistiseksi ja siis koherentiksi kokonaisuudeksi. Psykologiassa tämän voi katsoa johtavan tyydyttävään mentaaliseen tilaan – juridiikassa vaikkapa tyydyttävään oikeudelliseen balanssiin tms. Kognitiopsykologiassa esim. Keith E. Holyakin ja Dan Simonin kehittämä *parallel constraint satisfaction* -teoria painottaa juuri tätä. (Ks. Gräns 2013 erit. s. 92–94)

⁵⁶⁹ Ulväng 2009 s. 149–150. ”Om man underskattar principernas betydelse riskerar regelsystemet att rasa ihop – precis som en katedral utan bärfkraft eller hållfasthet.” (s. 178)

konkreettisia kysymyksiä on mahdollista tarkastella perustavanlaatuisiksi katsomiemme arvojen pohjalta, mutta kuitenkin oikeuden sisällä pysytellen. Periaatteet siis yhdistävät oikeuden sisäisen ja ulkoisen puolen mahdollistaen näin ”brutaalin” (eli konkreettisten lakien ja oikeustapausten) positiivisen oikeuden kritiikin ilman, että kritiikin perusteita tarvitsisi hakea yksinomaan puhtaasti rikosoikeuden ulkopuolisesta moraalista ja politiikasta.⁵⁷⁰ Kuten jo edellisen valossa käy ilmi, hyödyntää Ulväng periaateajattelussaan vahvasti Kaarlo Tuorin oikeuden tasomallia⁵⁷¹.

Olenainen osa modernia oikeusperiaateajattelua – ja se, mistä koko keskustelu oikeastaan lähti 1960- ja 1970-luvuilla liikkeelle!⁵⁷² – on pyrkimys erottaa *periaatteet* muista normeista, siis lähinnä *säännöistä*. Ulväng edustaa edellä jo viitatus Jareborgin ohella kantaa, jonka mukaan säännöt/periaatteet -dikotomia on väärä ja suorastaan vaarallinen. Ensinnäkin se johtaa Ulvängin mukaan helposti ajatukseen siitä, että säännöt olisivat jotenkin periaatteita tärkeämpiä ja periaatteet näin toisarvoisia. Tämän sijaan tulisi Ulvängin mukaan keskittyä siihen, miten säännöt ja periaatteet toimivat oikeudellisia ongelmia ratkaistaessa. Kyse on yhteistyöstä ja sen ymmärtämisestä; sääntöjen soveltaminen edellyttää aina niiden tulkintaa ja kyseinen argumentaation muodossa tapahtuva tulkintaoperaatio on lopulta sidottu nimenomaan periaatteisiin ankuroituihin perusteisiin (*skäl*) ja mittoihin (*måttstockar*).⁵⁷³ Loppujen lopuksi sääntöjen ja periaatteiden väliset erot liittyvät Ulvängin mukaan lähinnä niiden muotoon sekä soveltamisen metodiin; sääntöjä tulkitaan kontekstissaan ja perusteistaan lähtien, periaatteiden kohdalla sen sijaan painotetaan juuri niiden perusteita. Kyse on lopulta aste-eroista ja vähintäänkin sääntöjen ja periaatteiden yhtäläisyydet muodostuvat eroja suuremmiksi. Ulvängille periaatteet ovatkin laajasti ymmärrettyjen sääntöjen eräs muoto.⁵⁷⁴

Ulvängin esitys huipentuu väitteeseen siitä, kuinka liki kaikilla vaikeilla kysymyksillä on ratkaisunsa periaatteissa – tai periaatteista on vähintäänkin löydettävissä niiden ratkaisemista helpottavia argumentteja. Lisäksi Ulväng toteaa jokaiselle periaatteelle voitavan asettaa myös vastaperiaate.⁵⁷⁵ Juuri tässä piilee periaateajattelun valtava potentiaali ja samalla perustavanlaatuinen ongelma. Itse asiassa uskaltaisin viedä Ulvängin ajatuskulun vielä pidemmälle: paitsi jokaisella ongelmalla myös *jokaisella ongelmanratkaisijalla* on löydettävänä *oma vastauksensa* erilaisista periaatteista – ja jos ei niistä, niin sitten niiden vastaperiaatteista!

⁵⁷⁰ Ulväng 2009 s. 176, 208–209, 215 ja 259. ”Principer utgör på detta sätt en brygga mellan å ena sidan de olika reglerna (för mänskligt handlande som man önskar reglerna) och å andra sidan det önskvärda tillståndet, värdet eller målet (som man önskar uppnå genom att reglerna en viss verksamhet).” (s. 190) Koherenssilla Ulväng viittaa juuri systeemisäiseen normatiiviseen koherenssiin, joka tekee systeemistä käsitettävän siten, että se ”hänger ihop” (s. 188–189 ja 209). Kyse on rikosoikeuden muuttumista hidastavasta ”jarrupalasta” (s. 220–221).

⁵⁷¹ Nimenomaisesti Ulväng 2009 s. 179–186, 194–195, 203–205 ja 224. Ulväng esittää myös ajatuksen Tuorin tasomallin kehittämistä kolmiulotteiseksi ja siis syvyytystason lisäksi myös aikaperspektiivin ja kontekstin (lähinnä eri oikeudenalat) huomioon ottavaksi (s. 206–207).

⁵⁷² Esim. Dworkin 1967 erit. s. 22–23. Kotimaisen keskustelun osalta ks. esim. Backman 1992 s. 78–79.

⁵⁷³ Ulväng 2009 s. 156, 166, 168, 170 ja 176–177.

⁵⁷⁴ Ulväng 2009 s. 166–168, 176–177 ja 193. Uskoisin Ulvängin ajattelun taustalla olevan myös tietty kyllästyminen säännöt/periaatteet -erottelua koskevan keskustelun alati kasvavaan monimutkaisuuteen, mikä sinällään on ominaista minkä tahansa teeman saadessa osakseen juridista mielenkiintoa. Ks. esim. Aarnio 2006 s. 304–305, joka jakaa normityypit neliporittaiselle ”liukuvallle asteikolle”: 1) säännöt, 2) säännön näköiset periaatteet, 3) periaatteen näköiset säännöt ja 4) periaatteet. Samantapaista nelijakoa hyödyntää esim. Pöyhönen 1988 s. 51–52, joka erittelee normeille neljä ”vahvuustasoa” (liittyen ennen kaikkea niiden ristiriita- ja kollisiotilanteiden ratkaisemiseen): 1) ankarat oikeussäännöt, 2) tavalliset oikeussäännöt, 3) johtavat eli *prima facie* -periaatteet sekä 4) tavalliset periaatteet. Ks. myös esim. Tolonen 2003 s. 49–50, joka jakaa pelkät periaatteet 1) standardeihin, 2) maksimeihin ja 3) peukalosääntöihin.

⁵⁷⁵ Ulväng 2009 s. 258–259; ”Jag skulle våga säga att nästan alla svåra frågor har sin lösning – eller att man åtminstone hittar argumenten för sina svar – i principerna.”

Oikeusperiaatteita koskeva keskustelu tavataan kotimaisen oikeustieteen piirissä yhdistää ennen kaikkea Ronald Dworkinin ja myös Robert Alexyn oikeusteoriaan sekä 1980- ja 1990-lukujen taitteen lukuisiin kotimaisiin erityistutkimuksiin, joiden kautta kyseiset mallit oikeusperiaatteiden kautta ajattelemisesta tulivat osaksi myös suomalaista oikeustiedettä⁵⁷⁶. Tältä osin hajontaa ilmenee lähinnä siinä, mitä Dworkinin (tai Alexyn) tekstejä ja mitä kotimaisia erityistutkimuksia itse kukin pitää oleellisina. Tämä puolestaan tuntuu ilmentävän paljolti sitä, mitä itse kukakin on tullut lukeneeksi⁵⁷⁷. Hyödynnän itse seuraavaksi ennen kaikkea Dworkinin teosta *Law's Empire* (1986). Ajatus monentyyppisistä oikeusnormeista ei tietysti sinällään ole millään tapaa uusi ja sääntö/periaate -keskustelun kaltaisia teemoja on luonnollisesti löydettävissä kautta oikeushistorian⁵⁷⁸.

Dworkin perustaa oikeusteoriaansa kahden oikeutta koskevan perustavanlaatuisen tulokulman erottamiselle. Perinteiset oikeutta koskevat teoriat Dworkin lukee *semanttisiksi* tarkoittaen tällä sitä, että ne keskittyvät oikeuden määrittämiseen empiirisistä ja historiallisista faktoista lähtien ("the plain-fact view")⁵⁷⁹. Dworkinin mukaan semanttisia teorioita vaivaa kyvyttömyys selittää oikeutta koskevaa ajattelua ja argumentaatiota alati vaivaava erimielisyys. Mikäli erilaisten oikeuslähteiden asiasisältöä koskevan yksimielisyyden pohjalta päädytään kuitenkin erilaisiin käsityksiin oikeudesta, eivät semanttiset teoriat voi muuta kuin todeta erimielisyyden koskevan oikeuden olemisen sijaan sitä, mitä sen pitäisi olla ("the semantic sting")⁵⁸⁰. Dworkin ei löydäkään semanttisista teorioista apua oikeutta koskevien erimielisyyksien teoreettiselle käsittelylle. Hänen oma tulokulmansa on semanttisen sijaan *tulkinnallinen*.

Dworkinille oikeus on siis ennen kaikkea tulkinnallinen kysymys, johon vastaaminen edellyttää muun muassa suurta määrää erilaisia maailmankatsomuksellisia valintoja. Muotoillessaan perustavanlaatuista oikeuden käsitettään ("concept of law") Dworkin painottaakin oikeuden määritelmän jättämistä riittävän abstraktille ja "ilmavalle"

⁵⁷⁶ Ks. esim. Backman 1992 s. 78–79, Kavonius 2003 s. 7, Aine 2011 s. 8–9 sekä Mielityinen 2006 s. 81–89, jota puolestaan esim. Frände 2012a s. 19 alav. 52 luonnehtii eräänlaiseksi välitilinpäätökseksi asiaa koskevassa kotimaisessa keskustelussa. Ennen kaikkea varhaisesta pohjoismaisesta keskustelusta ks. esim. Eriksson 1979 s. 36–37.

⁵⁷⁷ Esim. Juha Tolonen 2011 s. 565 toteaa Pöyhösen soveltaneen vuoden 1988 väitöskirjassaan Suomessa ensimmäisenä sääntö/periaate -jaottelua. Eero Backman 1992 s. 78–79 mainitsee sen sijaan ensimmäisenä jaottelua hyödyntävänä kotimaisena tutkimuksena Lappi-Seppälän vuoden 1987 väitöskirjan. Backman yhdistää itse keskustelun alun Dworkinin artikkeliin *Is Law a System of Rules?* (1967). Esim. Lars D. Eriksson 1979 s. 36, toteaa keskustelun alkupisteeksi sen sijaan Dworkinin samaiselta vuodelta peräisin olevan artikkelin *The Model of Rules* (1967). Esim. Hannu Tolonen 1989 s. 337–338 korostaa Dworkinin pitkälti jo julkaistuihin teksteihin perustuvan teoksen *Taking Rights Seriously* (1977) merkitystä todeten lisäksi angloamerikkalaisessa maailmassa sääntö/periaate -erottelun alkupisteeksi mielletävän usein Dworkinin artikkeli *Two models of Rules*. John Rawls oli tosin Tolosen lukeman mukaan tehnyt hyvin samanlaisen jaottelun jo artikkelissaan *Two Concepts of Rules* (1955). Lisäksi Hannu Tolonen viittaa John Salmondin ja myös Josef Esserin oikeusperiaatteita koskeviin esityksiin 1950-luvulta. Esim. Wilhelmsson 2003 s. 49 alav. 55 yhdistää kotimaisen periaatekeskustelun joustavampien systematisointien tarpeeseen ja nostaa esiin eräänlaisena alkupisteinä Robert Alexyn tekstin *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien* (1985) sekä myös Torstein Eckhoffin ja Nils Kristian Sundbyn eräät kirjoitukset (etenkin *Retssystemer: systemteoretisk innføring i rettsfilosofien* (1976)). Ks. vielä Frände 1985 s. 22 ja 40, joka erottaa säännöt (regler) ja peukalosäännöt (tumregler) Jareborgin teokseen *Värderingar* (1975) viitaten ja ns. modaalisen operaattorin avulla (sääntöjen osalta kyse on *skall, får ja får inte* -muotoiluista, peukalosääntöjen osalta puolestaan *bör ja bör inte* -muotoiluista). Ks. vielä samalta vuodelta Koskenniemi 1985 erit. s. 134–137, joka käsittelee periaatteiden asemaa kansainvälisessä oikeudessa mm. niin Dworkinin, Eckhoffin, Sundbyn kuin Jareborginkin edellä mainittujen tekstien pohjalta. Lisäksi Koskenniemi onnistuu jo tuolloin esittämään näin jälkeenpäin uskoakseni kauaskatseiseksi osoittautuneen näkemyksen: oikeusperiaatteiden käyttötapa ja merkitys on lopulta kiinni niiden taustalla vallitsevista arvoista ja tavoitteista. Kun näistä ei (tietystikään) vallitse yksimielisyyttä piilee periaateilla argumentoinnissa vaara siitä, että todelliset kiistakysymykset vain piilotetaan erilaisten semanttisesti epämääräisten periaatemuotoilujen kaapuun. Se, miten paljon vaikkapa periaateilla argumentointi todella kykenee tuottamaan ratkaisuja ongelmiimme olikin jo tuolloin erinomaisen hyvä kysymys! (s. 158–160)

⁵⁷⁸ Kotimaan osalta esim. Backman 1992 s. 238–239 alav. 3 tunnistaa vastaavia teemoja Leo Mechelinin ja Robert Montgomeryn laatimasta lainoillisen tiedekunnan vuoden 1875 rikoslakiehdotusta koskevasta lausunnosta, jossa siis erotettiin ihmisten toiminnalle varsinaisia normeja asettavat säännöt ja vain näkökohtia asioiden oikeudelliselle arvostelulle säättävät normit.

⁵⁷⁹ Dworkin 1986 s. 31 ja 37.

⁵⁸⁰ Dworkin 1986 s. 44–45, 68 ja 262.

tasolle siten, että se kykenee kattamaan suuren määrän mitä erilaisimpia kilpailevia väitteitä oikeuden täsmällisemmästä sisällöstä.⁵⁸¹ Yleisen oikeuden käsitteen pohjalta Dworkin erittelee edelleen kolme täsmällisempää oikeuskäsitystä (”conception of law”). Dworkinin puoltama oikeuskäsitys ”law as integrity” sovittaa yhteen kahden ensimmäisen eli *konventionalismin* ja *pragmatism*in yhtäältä aiempiin tosiasiallisiin poliittisiin päätöksiin suuntautuvan ja johdonmukaista ennakoitavuutta painottavan sekä toisaalta eteenpäin katsovan ja instrumentalistisen näkökulman. Lopulta on turha pohtia, onko oikeuden tulkinnassa kyse sen löytämisestä vai luomisesta – kyse on molemmista ja ei kummastakaan.⁵⁸²

Edellinen kaikessa suppeudessaan säälittävä esitykseni ei tietystikään tee moneltakaan osin oikeutta Dworkinin syvälliselle oikeusajattelulle. Samalla uskon sen kuitenkin tavoittavan jotain hyvin olennaista Dworkinin ajatuksista – jotain, mikä on merkityksellistä juuri omalle tutkimukselleni. Dworkinin oikeusteoria on paitsi nimenomaisesti ”tulkinnallinen” myös itsessään mitä *tulkinnanvaraisin*! Uskallan väittää suhteellisen epämääräisellä ja abstraktilla tasolla pysyttelyn Dworkinin täysin tietoiseksi valinnaksi, jota hän vieläpä toistuvasti tuo lukijalleen esiin. Esimerkiksi vielä ”law as integrity” -oikeuskäsityksen kohdalla Dworkin painottaa sitä, kuinka kyseinen oikeuskäsitys on konventionalismista ja pragmatismista poiketen itsessään vain eräänlainen oikeutta koskeva tulkintaohjelma – siinä missä konventionalismi ja pragmatismi ovat ensisijassa oikeutta koskevia tulkintoja. ”Law as integrity” merkitsee paitsi oikeutta koskevaa tulkintaa myös lähtökohtaa ja inspiraatiota oikeutta yhä edelleen koskeville tulkinnoille. Se sisältää ajatuksen siitä, että tätä kautta inspiroituneet oikeuden tulkitsijat voivat hyvinkin päätyä keskenään erilaisiin tulkintoihin.⁵⁸³ Olennaista on se, että oikeudellista päätöksentekoa ohjaa ”principle of integrity”, joka kehottaa tekemään oikeutta koskevia valintoja koherentilla ja integriteettiä edistävällä tavalla. Se, mitä tämä *integriteetti* lopulta Dworkinille merkitsee onkin sitten erinomaisen vaikea kysymys.⁵⁸⁴ Dworkin painottaa kyseen olevan nimenomaan periaatteista, ei politiikoista – menemättä erotteluun sen syvemmälle. Dworkinin mukaan juuri periaatteiden varaan rakennettu yhteiskunta tunnustaa integriteetin merkityksen. Lopulta Dworkin toteaa, ettei integriteetti ole minkäänlainen algoritmin kaltainen ja itseään toteuttava ratkaisukaava, vaan edellyttää valintoja – ja siis valitsijaa, joksi ei käy vaikkapa tietokoneohjelma.⁵⁸⁵ Juuri

⁵⁸¹ Dworkin 1986 s. 93, 109–110 sekä oikeuden perustavanlaatuisesta tulkinnanvaraisuudesta erit. vielä s. 410. Dworkin sitoo oikeuden käsitteen yhteiskunnalliseen vallankäyttöön (ks. erit. Dworkin 1986 s. 93 ja 400–401). Dworkinin mukaan ”arguments of legal theory are best understood as arguments about how far and in what way past political decisions provide a necessary condition for the use of public coercion” (s. 96). ”(I)f law exists it provides a justification for the use of collective power against individual citizens or groups” (s. 109).

⁵⁸² Dworkin 1986 s. 225. Ks. myös s. 231–232, jossa lainkäyttäjän rinnastetaan ketjuomaanin kirjoittajaan, jonka osalta ei voida vetää selvää rajaa, milloin hän vain tulkitsee eteensä saamaansa aiempaa tekstiä ja milloin puolestaan lisää siihen omia jaksojaan – edellisen tulkinnan ohjaamana.

⁵⁸³ Dworkin 1986 erit. s. 226 ja 239–240.

⁵⁸⁴ Dworkin jakaa integriteetti-periaatteensa lainsäädäntöä ja lainkäyttöä koskevaan osaan (Dworkin 1986 s. 167, 176 ja 217). Lisäksi hän painottaa, ettei integriteetti pelkisty oikeuden muodollista johdonmukaisuutta koskevaksi konsistenssiksi, vaan käsittää myös sisällöllisiä oikeuteen ja kohtuuteen liittyviä edellytyksiä (s. 219–220). *Konsistenssista* loogisena ristiriidattomuutena ja *koherenssista* sisällöllisenä johdonmukaisuutena ks. myös Tuori 2000 s. 187–188 ja Tuori 2007 s. 107 ja 210. Ks. myös Scheinin 2011 s. 825–826, joka huomauttaa, ettei Dworkinin *integrity*-termin suomentaminen vaikkapa ”eheydeksi” tee oikeutta kuin puolelle sanan merkityssisältöä. Oxford Advanced Learner’s Dictionary -opukseen viitaten Scheinin huomauttaa sanaan sisältyvän nimittäin kaksi toisiaan täydentävää puolta: paitsi ”condition of being whole or undivided” myös ”quality of being honest and morally upright”. Scheinin itse ehdottaakin suomennokeksi ”oikeuden suoraselkäisyyttä”. Ks. vielä vaikkapa Rentto 1988 s. 371–373, jolla integriteetti esiintyy osana *rehellisyteen* (honesty) velvoittavaa oikeudellisen (ja käytännöllisen) järjelyn ensimmäistä ohjenuoraa: ”In legal reasoning one ought honestly to strive for the decision that is the most reasonable one consistent with valid law.”

⁵⁸⁵ Dworkin 1986 s. 214, 223–224, 244, 410 ja 412. Mielenkiintoisena vastinparina Dworkinin idealistiselle oikeusteorialle ks. Minna Gränsin 2013 moderniin kognitiopsykologiaan nojaava oikeudellista päätöksentekoa empiirisestä näkökulmasta kuvaava teoria. Molemmat painottavat paitsi lainkäyttäjän näkökulmaa myös nimenomaan pyrkimystä koherenssiin. Dworkinille koherenssi- ja konsistenssihakuisuus on normatiivinen *ideaali*, Gränsille kognitiopsykologisen tutkimuksen inhimillisessä ajattelussa osoittama *tosiasia*. (ks. erit. Gräns 2013 s. 201–203)

tässä on uskoakseni Dworkinin integriteetti-ajatuksen ydin; jokaisen on lopulta itse ratkaistava, mitä integriteetti (milloinkin) on!

Dworkinin esitys tiivistyy tunnettuun ajatukseen lainkäyttäjistä ketjuromaanin kirjoittajana, jota ohjaavat sekä vapaa luovuus että tekstuaalinen sidonnaisuus. Tätä mitä vaikeinta tasapainottelutehtävää Dworkin kuvittelee suorittamaan edelleenkin yleisesti laajalti tunnetun jumaltuomari Herkuleen.⁵⁸⁶ Herkules toimii Dworkinin esityksessä kuvitteellisena ideaalina, jonka kautta Dworkin pyrkii esittämään, miten oikeudellinen tulkinta tulisi suorittaa – miten oikeuden jatkokertomus rakennetaan niin hyväksi kuin mahdollista⁵⁸⁷. Dworkinin oikeusteoria on kokonaisvaltainen, pluralistinen ja nähdäkseni läpeensä hermeneuttinen. Pahinta mitä sen kanssa voi – uskoakseni myös Dworkinin itsensä mielestä⁵⁸⁸ – tehdä, on poimia sieltä mukavan tuntuksia ajatuksia ketjuromaaneista, Herkules-tuomareista tai vaikkapa oikeusperiaatteista yrittämättä koskaan seurata Dworkinin koko argumentaatioketjua.

Se, että oikeusperiaatteilla ajattelu on tullut osaksi kotimaista oikeustiedettä nimenomaan erillistutkimusten kautta ei lupaa tämän suhteen kovin hyvää. Erillistutkimuksessa – jollainen omakin tutkimukseni on! – erilaisia oikeudellisia teorioita tavataan hyödyntää enemmän tai vähemmän rajatussa tutkimusintressin mukaisessa kysymyksenasettelussa. Tässä rytäkässä ei välttämättä jää aikaa kovinkaan syvälliselle – saati erilaisia vaihtoehtoja huomioivalle – hyödynnettyjen teorioiden arvioinnille. Ei etenkään, mikäli teoria tai ajatusmalli on siinä määrin vetoava ja muodikas kuin vaikkapa juuri oikeusperiaatteilla ajattelemisen. On selvää, että Dworkin on periaatelähtöisessä ajattelussaan onnistunut tavoittamaan jotain hyvin hyvin olennaista modernista oikeudesta. Selvää on myös se, että Dworkinin ajatusten epämääräisyys ja suoranainen moniselitteisyys ei ainakaan ole ollut omiaan vähentämään ajatusten sovellettavuutta mitä erinäisimmissä yhteyksissä, pikemminkin päinvastoin.

Hannu Tolonen on kirjoituksessaan *Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta* (1989) pyrkinyt liittämään Dworkinin moniselitteisiksi, tulkinnanvaraisiksi, epäsystemaattisiksi ja ”esseistisiksi” luonnehtimansa ajatukset klassisiin oikeusteoreettisiin ja filosofisiin perusongelmiin, ennen kaikkea Kantin praktisen järjen filosofiaan. Tolosen ajatuksena oli tätä kautta laajentaa sääntö/periaate -erottelun ympärillä käytyä keskustelua. Käytännössä tämä tapahtui jäsentämällä Dworkinin lähtökohtaisesti monimielisen ja epäselvän oloiset ajatukset kahden oikeusteoreettisen ja yhteiskuntafilosofisen ikuisuus-kysymyksen suhteen, minkä vaikutuksesta Tolonen katsoi Dworkinin ajatusten näyttäytyvän yllättäen selkeänä ja johdonmukaisena kokonaisuutena – vaikkakaan kyse ei toki tässä vaiheessa ollut enää vain Dworkinin ajatuksista!⁵⁸⁹ Tolonen keskittyy Dworkinin säännöt (rules) – periaatteet (principles) – tavoitteet (goals, policies) -kolmijakoon, ja etenkin näiden välillä tehtävään rajanvetoon. Tolosen mukaan sääntöjen ja periaatteiden (laajasti

⁵⁸⁶ Dworkin 1986 erit. s. 234, 239 ja 257.

⁵⁸⁷ Dworkin 1986 s. 254–255.

⁵⁸⁸ Dworkin 1986 s. 412–413, jossa Dworkin toteaa teoksensa tarkoitukseksi kertoa, *mitä oikeus on*. Sitä, missä määrin Dworkin on työssään onnistunut täytyy jokaisen lukijan arvioida itse ja omalla kohdallaan. Kyse on siitä, kuinka pitkälle itse kukin on valmis seuraamaan sitä argumentaation ketjua, jonka Dworkin nimenomaan omakohtaiseen reflektointiin provosoivassa työssään virittää. Dworkin itse arvioi epäonnistuneensa pitkälti, mikäli lukija hylkää hänen ajatuksensa jo alkuvaiheessa. Totaalisesti epäonnistumiseksi Dworkin sen sijaan lukee sen, että joku allekirjoittaisi hänen kaikki argumenttinsa! Dworkinin teorian vähintäänkin implisiittisestä riippuvaisuudesta (nimenomaan Gadamerin) hermeneutiikkaan huomauttaa myös esim. Minkkinen 1998 s. 178–183. Esim. Husa 1997 s. 999 toteaa suoraa Dworkinin hypänneen *Law's Empire* -teoksellaan hermeneuttiseen filosofiaan –, mitä pitää yllättävänä ottaen huomioon Dworkinin tausta analyttisen filosofian traditiiossa.

⁵⁸⁹ Tolonen 1989 s. 338, 340 ja 375–376.

ymmärrettynä, tavoitteet mukaan lukien) välinen erottelu kätkee sisäänsä oikeusteoreettisen kysymyksen oikeuden ja moraalin välisestä suhteesta. Tavoitteiden erottaminen niin periaatteista kuin säännöistäkin sisältää puolestaan niin ikään oikeusteoreettisesti mielenkiintoisen kysymyksen oikeuden ja yhteiskuntapolitiikan välisestä suhteesta.⁵⁹⁰ Tältä pohjalta Tolonen arvelee Dworkinin ajatusten tarjoavan systemaattisen lähtökohdan oikeutta koskevalle yleisemmälle teorialle⁵⁹¹.

Tolosen itsensä osalta tällaiseksi yleisemmän tason teoriaksi on mielestäni mahdollista ymmärtää hänen vuonna 2003 julkaisema, mutta valitettavasti monelta osin keskeneräiseksi jäänyt, ja tässä esityksessä jo aiemmin käsitelty *Oikeuslähteoppi*-teos. Nimenomaisesti *yhdistelmäteoriaksi* rakennetun teoksen taustalta on löydettävissä lukuisia Dworkinin oikeusperiaateajatteluun palautuvia näkemyksiä. Ehkä konkreettisimmin tämä ilmenee siinä, että Tolonen lukee oikeusperiaatteen (yhdessä oikeustieteen kanssa) itsenäiseksi oikeuslähteiden ryhmäksi, minkä toteaa itsekin suhteellisen uudeksi ajatukseksi suomalaisessa oikeudessa. Tolonen arvioi periaatteiden merkityksen olevan edelleen lisääntymässä. Syyksi tähän Tolonen katsoo ensinnäkin alati kiihtyvän yhteiskunnallisen muutosvauhdin, joka edellyttää väljiä ja harkintaa vaativia, ja siis pikemminkin *periaatekategoriaan* lukeutuvia säännöksiä. Toisena olennaisena periaatteiden painoarvoa korostavana seikkana Tolonen näkee perus- ja ihmisoikeudet sekä myös oikeuden kansainvälistymisen. Juuri perus- ja ihmisoikeuksien 1990-luvun alusta asti kasvanut merkitys sekä oikeusperiaatteiden ja periaatesuuntautuneen oikeustutkimuksen jo 1980-luvun lopulta alkanut esiinmarssi olivat alun perinkin Tolosen mukaan syitä, jotka ovat tehneet noin 20 vuoden aikana moraalisen aspektin välttämättömäksi oikeustieteelliselle ajattelulle. Oikeusperiaatteet ovatkin Tolosen mukaan ainut oikeuslähteiden muoto, joka pitää yllä oikeuden yhteyttä moraaliiin.⁵⁹² Juuri oikeuden ja yhteiskuntamoraalin välinen suhde on olennainen seikka, jonka Tolonen nostaa teoksensa lopussa esille puhuessaan oikeuslähteiden oikeusteorialta edellyttämästä avarakatseisuudesta. Oikeusperiaatteet ja perus- ja ihmisoikeudet ”päällekkäin menevinä normityypeinä” ovat alueita, joilla oikeus ja käytännöllinen yhteiskuntamoraali modernissa oikeudessa kohtaavat toisensa.⁵⁹³

Lopulta sääntöjen ja periaatteiden erottelu näyttäisi palautuvan tarkkarajaisen joko/tai-eron sijaan erilaisiin asenteellisiin painotuksiin. Omassa vuoden 1988 väitöskirjassaan paljon sääntö/periaate -keskustelua käsitellyt – ja sen ylipäänsä kotimaiselle (varallisuus)oikeustutkimukselle esitelty – Juha Karhu (silloinen Pöyhönen) puhuu tarkastelijan asenteen ”sääntö- tai periaatehakuisuudesta”. Sääntöhakuiseksi ja siis juridiikkaan nimenomaan sääntöjen tutkimisena suhtautuvaksi malliksi Karhu nimeää kotimaisen niin sanotun *analyttisen siviilioikeuden*.⁵⁹⁴ Tällaisten tarkkarajaista erottelujen laimentaminen painotuseroiksi on tietysti jo itsessään mitä periaatehakuisinta, ja siis itsessään esimerkki jälkimmäisestä asenteesta. Osuvan vastinparin Karhun väitöskirjalle muodostaakin juuri analyttisen siviilioikeuden piiristä nouseva ja Aulis Aarnion artikkelissaan

⁵⁹⁰ Tolonen 1989 s. 340–345.

⁵⁹¹ Tolonen 1989 s. 379–380.

⁵⁹² Tolonen 2003 s. 132–137 ja 144. Jo esim. Dan Frände näyttäisi vuoden 1989 väitöskirjassaan antavan oikeusperiaatteille (tai Fränden terminologian mukaisesti siis ”peukalosäännöille”) merkitystä nimenomaan oikeuslähteinä (Frände 1989 s. 59–60). Ks. myös Rentto 1988 s. 365, joka puolestaan viittaa ajatuksen oikeusperiaateista omana oikeuslähteiden ryhmään osalta Aarnion teokseen *The Rational as Reasonable* (1987).

⁵⁹³ Tolonen 2003 s. 170. Ks. myös esim. Melander 2008a s. 153, joka toteaa niin Dworkinin kuin Lappi-Seppälän, Pöyhösen ja Jonkankin korostaneen oikeusperiaatteiden toimivan arvojen ja moraalien välittäjänä oikeudelliseen argumentaatioon.

⁵⁹⁴ Pöyhönen 1988 s. 57–64. Todettakoon, että myös Pöyhöselle periaatteet merkitsevät elementtiä, joka tekee oikeudesta ns. ”avoimen systeemin” moraaliiin ja politiikkaan nähden (s. 35–37 ja 375).

Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen? (1987) kiteyttämä näkemys, jonka mukaan kohtuuden kaltaisesta ylimalkaisesta periaateista ei tulisi tehdä jonkinlaista sopimusoikeuden pääperiaatetta. Itse asiassa Aarnio ei ainakaan vielä tuolloin osannut edes ajatella, miten ”on tehtävä kohtuullisia sopimuksia” -periaatteen varaan perustuva systeemi käytännössä edes toimisi.⁵⁹⁵

Karhun väitöskirja on eturivin esimerkki siitä, mitä kohtuusperiaatteen ympärille rakennettu (Karhun ”(oikeudenmukaisen) yhteisöllisen käytännön sopimusmalliksi” nimittämä) malli sopimusten sovittelun kannalta merkitsisi. Myöhemmässä *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksessaan (2000) Karhu pyrkii pelkän OikTL 36 §:n sovitteluinstituution sijaan koko varallisuus-oikeuden jäsentämiseen oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallinsa (ja tässä vaiheessa täsmällisemmin perus- ja ihmisoikeuksien) varassa.⁵⁹⁶ Eikä Aarnio analyttisena sivistinä tietysti tässäkin vaiheessa kykene näkemään tämänkaltaisella mallilla toimivuutta – tai ylipäänsä sitä *systemiksi* oikeastaan lainkaan. Karhun hahmottelema teoria kun ei muistuta Aarnion 1960-luvulla analyttisen oikeustieteen piirissä roomalaisen oikeuden peruskäsitteitä opetellessaan omaksumaa näkemystä!⁵⁹⁷

Karhun ja Aarnion näkemykset yhtäältä säännöistä ja periaatteista sekä toisaalta systeemeistä ja kontekstuaalisuudesta muodostavat äärettömän arvokkaan, joskin siviilioikeudellisen, parivaljakon oikeudellisen ajattelun ymmärtämiseksi⁵⁹⁸. Siirryn seuraavaksi oman tutkimuksen kannalta vielä mielenkiintoisempiin ja siis rikosoikeudellisiin asioita koskeviin näkemyksiin, ja metodilleni uskollisesti nimenomaan niiden välisiin eroihin. Enkä tietysti (edelleen metodilleni uskollisesti) onnistu rajaamaan tarkastelua täysin rikosoikeuden sisään, vaan tarvitsen edelleen vähintäänkin vertailukohtia myös muilta oikeudenaloilta.

2.2.3.2 Rikosoikeudelliset erillistutkimukset

Kuten todettua, oikeusperiaatteita koskeva syvälinen keskustelu on jäänyt meillä lähinnä erillistutkimusten varaan. Kyseisiä erillistutkimuksia sen sijaan kyllä riittää. Erityisesti 2000-luvun taitteesta löytyy esimerkiksi lukuisia tekstejä, joissa tutkimusintressiksi on asetettu jonkin oikeudenalan oikeusperiaatteiden muotoilu⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ Aarnio 1987 erit. s. 405–406. Myös Aarnio painottaa kaiken riippuvan lopulta *asenteesta*, jolla OikTL 36 §:n sovittelusäännöksen kaltaiset periaateluonteiset normit omaksutaan ja jolla ne sijoitetaan osaksi sopimusoikeuden systeemiä ja sen muita kantavia periaatteita. Sovittelun alkaessa hallita ajattelua ja kohtuuden tullessa pääperiaatteeksi joudutaan Aarnion mukaan liukuvalla pinnalla, jossa esim. sopimusvapauden ja -sitovuuden periaatteet menettävät klassisen merkityksensä (s. 414).

⁵⁹⁶ Pöyhönen 1988 s. 232 toteaa, ettei väitöskirjassa ollut mahdollista soveltaa siinä kehiteltyä yhteisöllisen käytännön sopimusmallia täysimittaisesti Suomen sopimusoikeuteen, vaan ainoastaan OikTL 36 §:n mukaisen sovitteluharkinnan jäsentämiseen. Karhu 2000 s. 196 toteaa sen sijaan ”uuden varallisuus-oikeutensa” käsitteistön ja periaatteiden tarkoituksella vähentää koko varallisuus-oikeusnormiston sidosta oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön vastavuoroisuuteen.

⁵⁹⁷ Aarnio 2006 s. 102 ja 120 sekä Aarnio 2002, jossa Aarnio siis on huolestunut etenkin siitä, ettei Karhun *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksessa analyttisestä oikeustieteestä antama kuva vastaa Aarnion itsensä (toki kyseisen suuntauksen sisältä tulevaa) käsitystä (s. 515–516). Asiaa koskevan paremman käsityksen(sä) Aarnio löytää vuoden 1967 väitöskirjansa alaviitteitä lukemalla (s. 527–528). Aarnion kommentti edustaa mielestäni malliesimerkkiä eri sukupolvien oikeustieteilijöiden vaikeudesta ymmärtää toisiaan. Esimerkiksi Aarnion havainto puolestaan siitä, kuinka Karhun teoria (samoin kuin kotimainen perusoikeuskeskustelu muutenkin) sisältää selviä luonnonoikeudellisia – ja siis muun ohella paitsi keskiaikaisia myös tervetulleita – elementtejä (s. 516–521 ja Aarnio 2006 s. 357), on mielestäni sinällään tarkkanäköinen. Vrt. Timonen 2001, jolle Karhun *Uusi varallisuus-oikeus* -teos edustaa ”irtautumista ennakkolisesta oikeudellisen harkinnan kiintopisteiden määrittämisestä” ja sitoutumista kokonaisvaltaiseen tilanneanalyysiin”, joka ”haastaa lukijansa ihmettelemään ja kyseenalaistamaan” – ”Tärkeää Kirjaa”, jossa lähdetään uudistamaan samanaikaisesti paitsi kokonaista oikeudenalaa myös totuttuja juridisia ajattelutapoja.

⁵⁹⁸ Edellä mainittujen lisäksi ks. Aarnion ja Karhun näkemyseroista myös Karhu 2003 ja Aarnio 2006 s. 325–338 sekä vielä Aarnio 2014 s. 257–260, jota voitaneen luonnehtia Karhun *tilanneherkän* sekä Aarnion *systeemisidonnaisen* oikeusajattelun kohtaamiseksi oikeuslähdeopin saralla.

⁵⁹⁹ Esim. Mielityinen 2006, joka tavoittelee Suomen (sopimuksenulkoisen) vahingonkorvausoikeuden keskeisten oikeusperiaatteiden ja niiden sisällön määrittämistä (s. 1), Pahlman 2003, joka kehittää lääkintäoikeuden tarpeisiin

Keskityn seuraavaksi nimenomaan rikosoikeudellisiin tutkimuksiin. Kuten edellä on jo käynyt ilmi, erilaiset periaatteet ja niiden kautta ajattelevat ovat läsnä tavalla tai toisella tietysti liki kaikissa rikoslainopillisissakin tutkimuksissa. Nostan seuraavaksi esiin muutaman ääriesimerkin.⁶⁰⁰

Tapio Lappi-Seppälän väitöskirja *Rangaistuksen määräämisestä I* (1987) on ensimmäinen vastaani tullut kotimainen lainopillinen väitöskirjatutkimus, jossa säännöt/periaatteet -keskustelua todella hyödynnettiin tutkimuksen teoreettisena taustakehikkona. Lappi-Seppälän tavoitteena on saattaa rangaistuksen määräämistä (ennen kaikkea mittaamista) koskeva oikeudellinen päätöksenteko ”vapaasta harkinnasta” yleisin laintulkinnallisin keinoin hallittavaksi lainkäyttöpäätökseksi, jota jo vuonna 1976 Suomen rikoslakiin sisällytetyt rangaistuksen mittaamista koskevat säännökset edellyttivät⁶⁰¹. Lappi-Seppälä lähestyy rangaistuksen mittaamista nimenomaisesti *oikeudellisen sääntelyn ongelmana*. Kysymys on siitä, miten oikeuslähteiden pohjalta päädytään lopputulokseen, joka parhaalla mahdollisella tavalla täyttää niin oikeusturvan aineellisen kuin muodollisenkin puolen – eli kohtelee ihmisiä paitsi oikeudenmukaisesti myös yhdenvertaisesti.⁶⁰²

Rikosoikeudelliset rangaistuksen mittaamisnormit tarjosivat 1980-luvun lopussa mitä otollisimman sovellusalueen oikeusperiaateajattelulle. Lappi-Seppälä toteaaakin mittaamisen ”ydinongelmaksi” sen, ettei koko siihen liittyvä kysymyksenasettelu sopeudu juridiselle sääntelylle tavanomaiseen kaksijakoiseen ideaalimalliin, vaan joko/tai -valintojen sijaan kyse on enemmän/vähemmän -tyyppisistä tilanteista. Juuri periaatteiden sisällyttäminen oikeusjärjestykseen vapauttaa Lappi-Seppälän siitä mustavalkoisesta oikeusajattelusta, jossa selvän säännön puuttumisen ajatellaan merkitsevän myös oikeudellista avoimuutta. Periaatteet tunnustava ajattelu sen sijaan näkee oikeudellista sääntelyä sielläkin, missä sääntöhakuinen lähestymistapa otaksuu kentän avoimeksi vapaalle harkinnalle.⁶⁰³ Lappi-Seppälän ”mittaamistutkimus” rakentuukin kauttaaltaan periaatteilla ajattelemisen varaan. Tutkimuksen niin sanottu yleinen osa alkaa rangaistuksen määräämisessä vaikuttavien arvojen, päämäärien ja tavoitteiden sekä näiden tausta-argumenttien järjestämisellä periaatteiden muotoon siten, että kyseiset *mittaamisperiaatteet* pyritään samalla justifioimaan sekä määrittelemään sisällöllisesti täsmällisesti (tutkimuksen III-luku). Abstraktisten periaatteiden yhteensovittamisdogmien sijaan Lappi-Seppälä keskittyy nimenomaisesti periaatteiden sisällön täsmäntämiseen ja niitä tukevien ja vastustavien argumenttien tarkasteluun⁶⁰⁴. Tältä pohjalta hän pyrkii johtamaan yleisistä periaatteista konkreettisempia ja siis yksittäisiä *mittaamisperusteita*, joilla Lappi-

argumentointi- ja punnintamallia, jossa niin potilaan itsemääräämisoikeus kuin perus- ja ihmisoikeudet laajemminkin sekä muun ohella edellisiin pohjautuvat periaatteet näyttelevät hyvin keskeistä roolia (s. 1–5), Tähti 1995, joka määrittää tutkimuksensa keskeiseksi päämääräksi hallinto-oikeudellisten periaatteiden aseman, vaikutuksen ja merkityksen sekä edelleen periaatteita hyödyntävän argumentoinnin kontekstien ja oikeusteoreettisten yhteyksien selvittämisen (s. 4). Ks. myös Scheinin 1991, joka pyrkii teoreettisen sääntö/periaate -erottelun kautta osoittamaan perus- ja ihmisoikeusnormeilla vaikutustapoja ”jopa siellä, missä niitä ei ole totuttu näkemään” (erit. s. 32–34 ja 37–38). Ks. myös tässä jo mainitut Antti Aineen urheiluoikeutta koskeva tutkimus (Aine 2011) sekä Raimo Lahden lääkintäoikeutta koskeva tutkimus (Lahti 1997).

⁶⁰⁰ Rikosoikeuden ohella myös erityisesti prosessioikeudellisessa tutkimuksessa on Suomessa tukeuduttu 1990-luvulta alkaen hyvin vahvasti oikeusperiaatteisiin. Ks. esim. Saranpää 2010 s. 227 ja 287–288, joka nostaa tältä osin esiin Jaakko Jonkan, Tatu Leppäsen ja Pasi Pölösen väitöskirjat. Myös Saranpää itse painottaa dispositiivisen riita-asian näytön arvioimisessa puoltamansa näyttöenemmyysperiaatteen *periaateluonnetta*.

⁶⁰¹ Lappi-Seppälä 1987 s. 1 ja 13–16. Lappi-Seppälä puhuu ”lopullisesta vapaan harkinnan dogmista irtautumisesta”, jota nimenomaan siis periaatehakuisuus hänelle merkitsee (s. 29).

⁶⁰² Lappi-Seppälä 1987 s. 5.

⁶⁰³ Lappi-Seppälä 1987 s. 20 ja 29. Vrt. vastaväittäjä Lahti 1987 s. 709–710, joka kyseenalaistaa sääntö/periaate -erottelulle teoksessa annetun keskeisen roolin tarpeellisuuden. Lahti näyttäisi ajattelevan, ettei kyseinen normiteoreettinen erottelu välttämättä olisi teoksen kannalta välttämätön. Lahti kysyykin, eikö ”sääntöajattelu” pystyisi samaan kuin ”periaateajattelu”, kunhan vain omaksutaan moderni oikeuslähdeoppi sekä argumentaatioteoria sääntöjen tulkinnessa.

⁶⁰⁴ Lappi-Seppälä 1987 s. 163–165.

Seppälä tarkoittaa rikosten arvostelussa vaikuttavia tosiseikkoja, jotka siis mittaamisperusteiksi hyväksyttäessään tulevat oikeustosiseikoiksi⁶⁰⁵ (etenkin tutkimuksen IV-luku). Lopuksi mittaamisperusteiden muodossa kehitelty oikeustosiseikasto kytketään oikeusseuraamukseen – eli rikos rangaistukseen – selvittämällä mittaamisperusteiden soveltumista rangaistuksen määräämisen sisältämiin eri osaratkaisuihin sekä muotoilemalla *mittaamispresumptioita* (V-luku). Mittaamispresumptioissa on kyse tiettyä tosiseikkayhdistelmää varten varatusta määrältään ja/tai laadultaan presumoidusta sanktiosta, jota olisi *prima facie* käytettävä, jollei siitä ole hyvät syyt poiketa. Tutkimus huipentuu juuri näiden presumptioiden tiivistämiseen. Lopputuloksena on kokonaisuus, jota Lappi-Seppälä kuvaa eräänlaisena seuraamusjärjestelmän ja rangaistusasteikot peittävänä ”verkkona”, jossa verkonsilmät edustavat systemaattiseen muotoon saatettuja presumptioita. Mitä pienemmiksi verkonsilmät onnistutaan jäsentämään, sitä yhtenäisempään ja myös sisällöllisesti oikeudenmukaisempaan mittaamiskäytäntöön on mahdollista päästä. Tätä kautta mittaamisen normatiivinen perusta vahvistuu ja ratkaisukriteeristö muuttuu vivahteikkaammaksi. Rajatessaan oikeuslähteisiin nojautuen erilaisten tulkintavaihtoehtojen määrää presumptiot tarjoavat lainkäyttäjälle mahdollisuuden täyttää oikeusturvan aineelliset ja muodolliset vaatimukset optimaalisella tavalla ja mittaamISRatkaisut saadaan samalla aiempaa tarkempaan juridiseen kontrolliin.⁶⁰⁶

Lappi-Seppälän tutkimuksen tavoitteena on toisin sanoen yleisistä kriminaalipoliittisista arvoista, päämääristä ja tavoitteista erilaisten periaatteiden, perusteiden ja presumptioiden kautta yhä konkreettisemmaksi etenevä koherentti järjestelmä, jossa kullekin yksittäiselle periaatteelle, perusteelle ja presumptiolle on osoitettavissa mielekäs yhteys koko järjestelmän perustavoitteeseen. Juuri periaatteiden kautta suoritettu liitäntä kriminaalipoliittisiin näkökantoihin merkitsee sitä, ettei tarkastelu jää oikeusjärjestelmän sisäiseksi, eikä koko ”verkko” näin ikään kuin ”riippumaan ilmaan”.⁶⁰⁷

Periaateajattelun lisäksi toinen rangaistuksen mittaamisen enemmän/vähemmän -tyyppisiin tilanteisiin luontevasti soveltuva ja Lappi-Seppälän väitöskirjassa olennaista roolia näyttelevä oikeudellisen ajattelun malli on argumentaatioteoria. Argumentaatioteoria haastaa perinteisen ja esimerkiksi saksalaisella kielialueella vallitsevan subsumptioteorian sekä ajatuksen yhdestä oikeasta syllogismin muotoon puuttavasta oikeudellisesta ratkaisusta loogis-deduktiivisen päättelyprosessin tuloksena. Oikean ratkaisun *löytämisen* sijaan lainkäyttäjän onkin pyrittävä parhaan ratkaisun tekemiseen ja ennen kaikkea *perustelemiseen*. Oikeudellinen ajattelu operoi enemmän tai vähemmän painavilla ja tietyn kannan puolesta tai sitä vastaan puhuvilla perusteilla.⁶⁰⁸ Kyse on dialogisesta argumentaatiosta, jolle ei ole (niin kuin ei

⁶⁰⁵ Lappi-Seppälä 1987 s. 252–266.

⁶⁰⁶ Lappi-Seppälä 1987 s. 34, 113–114 ja 165. Tutkimuksen jäsenyyksestä yleisesti ks. erit. s. 30–34 ja 114–115. Aivan viimeisenä Lappi-Seppälä hahmottelee de lege ferenda -tyyppisen mittaamisnormiston RL 6 lukua varten (s. 650–653).

⁶⁰⁷ Lappi-Seppälä 1997 s. 197–198. Ks. myös Backmanin 1992 s. 391 analyysi Lappi-Seppälän väitöskirjasta, jossa teosta luetaan juuri sääntö/periaate -keskusteluun, oikeudelliseen argumentaatioteoriaan sekä myös mittaamisheuristiikkaan liittyvien oikeusteoreettisten pohdintojen pohjalta *abstraktista konkreettiseen etenevänä* kokonaisuutena. Backman huomauttaa ”suhteettoman laajaa” väitöskirjaa voitavan lukea myös rikosoikeuden yleisten oppien yleisesityksenä (s. 390 ja 392). Myös Nuotio 1991a s. 997 alav. 4 huomauttaa Lappi-Seppälän (kuten myöhemmin myös Dan Fränden) käyttävän väitöskirjansa konstruktivisena välineenä Robert Alexyn kehittämää ns. periaateoteoriaa.

⁶⁰⁸ Lappi-Seppälä 1987 s. 38–41. Ks. myös Eriksson 1979, joka pyrkii hahmottamaan juridisen (ja osittain myös poliittisen) argumentaatiomallin muotosta tukeutumalla kahtiajakoon *subsumtiolooginen* ja *tavoiterationaalinen*. Ensimmäistä etenkin käsiteläinopille tyypillistä argumentoinnin tapaa Eriksson kuvaa luonteeltaan loogiseksi, jäykäksi, yksinkertaiseksi ja muodolliseksi, jälkimmäistä puolestaan joustavaksi, elastiseksi, konkreettisemmaksi, monimutkaisemmaksi ja sisällölliseksi. (s.

keskustelulle yleensäkin) esitettävissä yleispäteviä sääntöjä. Argumentoinnin rakenteen ymmärtäminen edellyttää kuitenkin Lappi-Seppälän mukaan jo edellä mainittujen tulkintaperiaatteiden ja tulkintaperusteiden erottamista. Tulkintaperusteet merkitsevät ratkaisun tueksi esitettäviä seikkoja (oikeuslähteitä) ja tulkintaperiaatteet puolestaan edellisten käyttöä koskevia normeja.⁶⁰⁹ Väitöskirjan sivuilla 35–37 esitetty ehdollisen ja ehdottoman vankeusrangaistuksen valintaa koskeva argumentaatioesimerkki havainnollistaa osuvasti sitä Lappi-Seppälän itsensäkin mukaan mutkikasta ja monivivahteista tapaa, jolla yleiset mittaamisperiaatteet ja yksittäiset mittaamisperusteet kietoutuvat dialogisessa eri vaihtoehtojen puolesta ja vastaan argumentoivassa keskustelussa toisiinsa – vaikka siis tarkasteltavana on vähintäänkin eri ratkaisuvaihtoehtojen osalta hyvinkin yksinkertainen asetelma (ehdollinen tai ehdoton vankeusrangaistus)!

Jaakko Jonkka pyrkii väitöskirjassaan *Syytekynnyks* (1991) kehittämään mallin, jolla silloisen RVA 18 §:n faktakysymyksen osalta ”todennäköisiin syihin” sitomaa syytekynnyksen täyttymistä koskevat ratkaisuvaihtoehdot voitaisiin yleistettävien kriteerien avulla arvioida siten, että konkreettista tapausta koskeva ratkaisu optimaalisesti toteuttaisi kyseisen oikeudenalan yleisempiä arvoja ja tavoitteita (eli siis olisi *paras mahdollinen*)⁶¹⁰. Kysymyksenasettelun valossa ei ole mikään ihme, että nimenomaan oikeusperiaateajattelu näyttelee tutkimuksessa keskeistä roolia. Jonkan tutkimus perustuu ajatukseen *konkreettisesti* ja siis tilannekohtaisesta ”optimaalisesta syytekynnyksestä”, joka jää lainkäyttäjän määrittäväksi lainsäätäjän määrittämän *abstraktin* ja semanttisesti epämääräisen RVA 18 §:n syytekynnyksen pohjalta. Optimaalisen syytekynnyksen yleisten määrittely-yritysten sijaan Jonkka keskittyy etsimään kynnyksen sijoittamisessa relevantteja perusteita sekä näiden perusteiden painoarvojen keskinäiseen punnintaan.⁶¹¹ Kyseiset perusteet Jonkka johtaa rikosprosessin (ja oikeastaan koko rikosoikeudellisen järjestelmän⁶¹²) taustalla olevista arvoista ja tavoitteista sekä syyttäjän rikosprosessuaalisesta roolista. Jonkka toteaaakin oikeusperiaatteet eräänlaiseksi kanavaksi, joka tuo arvot ja tavoitteet lainkäyttötason oikeudelliseen argumentointiin. Ne toimivat eräänlaisina ”arvostusten oikeudellisina kvalifiointikriteereinä”.⁶¹³

Lopulta Jonkka täsmentää koko rikosoikeudellisen järjestelmän taustalla olevat keskeisarvot ja tavoitteet kahdeksi rikosprosessin näkökulmasta muodostetuksi ”optimointikäskyksi”: *rikosvastuun toteuttamisvaatimukseksi* ja *oikeusturvavaatimukseksi*. Nämä Jonkka täsmentää edelleen nimenomaan syyttäjän päätöksenteon kannalta *selvittämisentressistä huolehtimiseksi* ja *syyttömän suojaamisen periaatteeksi*, jotka täsmentyvät vielä edelleen erilaisten prosessuaalisten periaatteiden muodossa.⁶¹⁴ Omaa punnintamalliaan Jonkka kehittää Robert Alexyn periaatteiden (tai arvojen) punnintamallin pohjalta painottaen tältä osin

27–31, 33–34, 45, 49 ja 50) Ensimmäisen osalta Eriksson puhuu myös ”periaatteellisesta” ja jälkimmäisen osalta ”praktis-utilitaristisesta” argumentaatiosta (esim. s. 26).

⁶⁰⁹ Lappi-Seppälä 1987 s. 41–42 alav. 7.

⁶¹⁰ Jonkka 1991 esim. s. 56. Koko tutkimus on rakennettu siten, että tutkimuskysymys tarkentuu ja konkretisoituu tutkimuksen kuluessa (s. 3).

⁶¹¹ Jonkka 1991 s. 115–116, 140–141, 155 ja 344.

⁶¹² Jonkka 1991 s. 173–174 ja 180 toteaa välttämättömäksi tarkastella rikosprosessin tarkoitusta yhdessä rikosoikeuden arvo- ja tavoitepäämäärien kanssa, mutta huomauttaa toisaalta rikosprosessin ymmärtämisen lähinnä aineellisen oikeuden määräämän lopputuloksen aikaansaamisena hyvin ”tekniiseksi” ja välineelliseksi näkökulmaksi.

⁶¹³ Jonkka 1991 s. 155, 164 ja 167.

⁶¹⁴ Jonkka 1991 s. 184 ja 211–247. *Selvittämisentressi* sisältää ainakin suullisuus- ja välittömyysperiaatteen, kontradiktoriaisuusperiaatteen sekä myös julkisuusperiaatteen. *Syyttömyysoletaman* osalta Jonkka ei sen sijaan eritele hienojakoisempia periaatteita (– päätynyt siihen, etteivät in dubio pro reo -periaate tai objektiviteettiperiaate ole tältä osin merkityksellisiä (s. 244–247)).

tilannekohtaista ja useita eri tekijöitä huomioivaa punnintaharkintaa erotuksena aiempaan joko/tai -tyyppiseksi luonnehtimaansa keskusteluun.⁶¹⁵ Eri periaatteiden painoarvoon liittyvien yksityiskohtaisten kriteeristöjen sijaan Jonkka tyytyy nimenomaisesti esimerkinomaiseen tyypittelyyn, joka lähinnä havainnollistaa sitä, millä tavoin erilaiset seikat vaikuttavat asiaan⁶¹⁶. Jonkan tutkimus tulee vähitellen yhä täsmällisempään muotoon eriteltävien periaatteiden osalta hyvin lähelle Lappi-Seppälän periaatteiden, perusteiden ja presumptioiden yhä tiivistyvää ”verkkoa”. Olennaisena erona on se, ettei Lappi-Seppälä ole nimenomaisesti kiinnostunut varsinaisten periaatteiden välisten punnintamallien kehittelystä.

Tuoreempi esimerkki Jonkan väitöskirjan kanssa hyvin samantapaisesta kahden periaatteen optimaalisen punnin varaan rakennetusta mallista on Heli Korkan väitöskirjassaan kehittänyt rikoshyödyn mittaamisen tulkintasysteemi, jossa vastakkain peluutetaan yhtäältä *rikastumiskieltoperiaatetta* ja toisaalta *rankaisukieltoperiaatetta*⁶¹⁷. Lisäksi voidaan todeta Korkan kehittävän samaan tapaan myös myöhemmässä artikkelissaan ”optimaalisen syy-yhteyden” määrittävää yhtäältä *oikeusturvan* ja toisaalta *prosessieconomian* näkökulmat keskenään punnitsevaa mallia⁶¹⁸.

Rauno Halttusen väitöskirja *Oikeudellisesta ratkaisusta joustavien oikeusnormilauseiden soveltamisalueella* (1993) muodostaa hyvin mielenkiintoisen vertailukohdan Lappi-Seppälän, Jonkan ja Korkan tutkimuksille. Myös Halttusen tutkimuksen tavoitteena on tietyn semanttisesti hyvin avoimen ja ylipäänsä joustavan normiston merkityksen hahmottaminen. Kyse on lapsen elatuksen määrää koskevista elatusapulain normeista, jotka rangaistuksen mittaamismallien tavoin oli uudistettu vuonna 1976⁶¹⁹. Halttunen valitsee tutkimuksessaan toisen tien kuin Lappi-Seppälä, Jonkka ja Korkka. Halttusen tutkimus ei pyrikään olemaan perinteisessä mielessä oikeusdogmaattinen, vaan empiirinen. Tapa, jolla Halttunen pyrkii vähentämään elatusnormien semanttista avoimuutta, on tilastollinen. Edustavan tilastollisen alioikeuksista peräisin olevan tapausaineiston perusteella Halttunen pyrkii paljastamaan millainen suhde keskimäärin vallitsee elatusavun määrän ja siihen lain mukaan vaikuttavien tekijöiden välillä. Oikeusnormilauseen todellisen merkityksen ymmärtämiseen pyritään siis empiiristä tietä.⁶²⁰

Tutkimuksen kohteena olevat lapsen elatuksesta annetun lain 1 ja 2 § ovat monella tapaa hyvin samanlaisia kuin rangaistuksen mittaamista koskeva normisto. Ratkaisevaan rooliin oli molemmissa säännöksissä nostettu avoin tunnusmerkki (”riittävä elatus” ja ”kykynsä mukaan”), jota täsmennettiin luettelemalla seikkoja, jotka elatuksen riittävyyden ja vanhempien elatuskyvyn arvioinnissa oli huomioitava. Halttunen mukaan molempien säännösten sanamuodon pohjalta oli mahdollista

⁶¹⁵ Jonkka 1991 s. 161, 248–249 ja 254–255.

⁶¹⁶ Jonkka 1991 s. 256.

⁶¹⁷ Korkka 2015 erit. s. 73–80.

⁶¹⁸ Korkka 2019b erit. s. 184, 194–195 ja 200.

⁶¹⁹ Kyse oli lapsen elatuksesta annetun lain 1 ja 2 §:stä, joiden osalta Halttunen rajaa tarkastelun vielä tarkemmin biologisten vanhempien velvollisuuteen elättää lastaan, mitä sitäkin tarkastellaan ainoastaan tilanteissa, joissa lapsen omat vanhemmat ovat elossa ja joissa lapsi on edelleen joko molempien tai ainakin jommankumman huollossa (Halttunen 1993 s. 153). Esim. Lakivaliokunta (LaVM 5/1975 s. 12–13) oli kyseisten normien osalta päättänyt tavallaan siihen, että kysymys on mahdotonta ratkaista; yksityiskohtainen sääntely lapsen elatuksen määräytymisen perusteista oli sen mukaan mahdotonta (Halttunen 1993 s. 145–146).

⁶²⁰ Halttunen 1993 s. 4, 7, 9 ja 18. Halttunen toteaa omaksuneensa tutkimuksessaan propositionaalisen tiedon käsitteen, voivansa hyväksyä tieteellisen realismin teorian ja olevansa myös empiirisen tietoteorian kannalla. Lopulta empiristinen keino on Halttuselle ainoa, jolla voidaan siirtyä puhumaan siitä, *miten asioiden pitää olla* siihen, *miten asiat ovat* (s. 44).

hahmotella neljä erilaista järjestelmää *riittävyiden* ja *kyvyn* määrittämiselle.⁶²¹ Tavanomaisesta oikeusdogmatiikasta poiketen Halttunen sivuuttaa systematisointiin liittyvät kysymykset suoralta kädeltä todeten, etteivät ne auttaisi tulkitsemaan elatuslain joustavia – tai suorastaan täysin avoimia – säännöksiä yhtään paremmin. Lisäksi Halttunen toteaa ”haluavansa väittää”, ettei relevanttia normitietoa ole ylipäänsäkään mahdollista saavuttaa oikeusnormilauseiden tulkinnalla. Sen sijaan vasta normilauseita koskevat tuomioistuinratkaisut ilmoittavat sen ajatussisällön, joka normilauseisiin sisältyy. Edelleen Halttunen sivuuttaa tavoitteiden ja arvojen yksittäistapauksellista huomiointia koskevat oikeudellisen ratkaisun teoriat. Yhteiskuntapoliittisen ja moraalisen ongelman tultua jo lainsäädännössä kertaalleen ratkaistua, ei sitä Halttunen mukaan tarvitse ryhtyä kertaamaan jokaisessa yksittäistapauksessa tai kirjoittaa näkyviin elatusapua koskeviin laskentakaavoihin.⁶²²

Halttunen empiirisenä aineistona on massiivinen vuosilta 1976 ja 1977 peräisin oleva ja otantansa osalta Tilastokeskuksen (Halttunen toimeksiannosta) suunnittelema elatus tutkimus sekä Halttunen itsensä suorittama kotitaloustiedusteluun perustuva erillistutkimus⁶²³. Lopulta Halttunen tutkimus päättyy kuitenkin epäonnistumiseen: alioikeuskäytäntö paljastuu liian monimutkaiseksi, eivätkä tuomioistuimet näytä kirjanneen edes pöytäkirjoihinsa niitä tekijöitä, jotka on otettava elatusapua määrittäessä huomioon. Tutkimuksen ensisijaisena tavoitteena ollut elatusavun ja sen argumentteina olevien tekijöiden välisen suhteen määrittäminen osoittautuu käytännössä mahdottomaksi, koska tuomioistuimet eivät ensinnäkään olleet useinkaan kirjanneet suhteen määrittämiselle tarpeellisia tietoja ja toisekseen tuomioistuimet eivät ylipäänsä kirjanneet lapselle kokonaisuutena kuuluvaa elatusta, vaan ainoastaan sen, mitä kunkin asiaan osallisen oli tälle maksettava.⁶²⁴ Halttunen ei toisin sanottuna kykene sinällään laajasta aineistostaan huolimatta vastaamaan tutkimuskysymykseensä.

Kyseinen ”käytännön seikka” ei kuitenkaan tee Halttunen mukaan tyhjäksi sitä periaatetta, että oikeusnormilauseen merkitystä voidaan selvittää havaintoja tekemällä, eikä esimerkiksi hänen työssään esittämien laskentamenetelmien käyttöönotolle sinällään ole mitään periaatteellista estettä⁶²⁵. Halttunen tutkimus pelkistyykin loppujen lopuksi yleisen tason oikeusfilosofiaksi sekä käytännön esimerkiksi epäonnistuneesta tilastoanalyysistä. Tilastoanalyysissä ei sinällään toki ole mitään virheellistä – sen avulla ei vain lopulta ole mahdollista vastata niihin kysymyksiin, joita Halttunen alussa esittää.⁶²⁶ Tutkimuksen merkitys jää näin oikeusteoreettiseksi yritykseksi ylittää olemisen ja pitämisen välinen raja ja olennaiseksi nousee kysymys siitä, olisiko empiirisen aineiston perusteella *ylipäänsä* mahdollista lausua jotain elatusapulain normilauseiden merkityksestä. Halttunen väite

⁶²¹ Halttunen 1993 s. 168–176. Yhdistämällä aiemmin käsittelemänsä semanttisen informaatioteorian, erilaisten kertalukujen avulla eriteltävissä olevat kielimallit sekä lauseen väljyyden mallin Halttunen päätyy siihen, että pelkästään elatuslain 2 §:n säännökselle löytyy 2 miljoonaa eri tulkintapaa (s. 181).

⁶²² Halttunen 1993 s. 18, 203–205 ja 215.

⁶²³ Halttunen 1993 s. 208 ja 211.

⁶²⁴ Halttunen 1993 s. 16, 57–58, 203–205 ja 233.

⁶²⁵ Halttunen 1993 s. 194 ja 203–205. Halttunen ei siis katso oikeusnormilauseen todellisen merkityksen selvittämistä havainnoinnin avulla koskevaa peruslähtökohtaansa horjuttavan se, että elatuslain säännösten merkitystä ei lopulta kyetäkään selvittämään edes empiirisellä tutkimuksella (s. 225).

⁶²⁶ Molemmat Halttunen vastaväittäjistä toteavatkin alun perin massiivisen empiirisen aineiston varassa alkaneen tutkimuksen kääntyneen työn edetessä oikeusfilosofiseen suuntaan (Aarnio-Mikkola 1994 s. 387, 391 ja 398–399). Tavallaan on hieman kummallista, että kumpainenkin vastaväittäjistä pitää sinällään juuri lapsen elatusta hyvin soveltuvana esimerkkinä Halttunen oikeusteorian osalta (s. 396 ja 403). Lopultahan tutkimuksessa käytännössä käy kuitenkin ilmi, ettei lapsen elatus (tai ainakaan sitä koskeva alioikeuskäytäntö) nimenomaan soveltunutkaan empiirisen tilastoanalyysin kohteeksi! Halttunen mukaan empiirisestä materiaalista onkin pääteltävissä lähinnä se, ettei vuoden 1976 lainsäädäntöuudistus muuttanut oikeuskäytäntöä tai elatusapujen määriä (Halttunen 1993 s. 225–226).

on, että normitietoa olisi mahdollista hankkia reaali- tai havaintotiedon kautta. Halttusen hankkeeksi muodostuukin lopulta pyrkimys todeta positiivisen oikeuden empiirisyys osoittamalla, millä tavoin lakitekstien lauseet, oikeusnormilauseet, kytkeytyvät havaittavissa olevaan todellisuuteen. Oikeustieteen erityisluonnetta ei voi Halttusen mukaan perustaa perinteisesti korostettuun olemisen ja pitämisen erotteluun. Oikeusteoria onkin hänen mukaansa keskittynyt liiaksi tarkastelemaan oikeusnormien ”pitämis”-elementtiä. *Kielletyn/sallitun/käsketyn/jne.* sijaan tarkastelun kohteeksi tulisikin valita se lauseen osa, jossa *kuvataan* tätä *kielletyksi/sallituksi/jne.* kulloinkin tarkoitettu käyttäytyminen. Juuri näiden todellisuuteen viittaavien, aikaan ja paikkaan sidottujen asiointilojen tarkastelusta on kyse Halttusen tutkimuksessa.⁶²⁷ Tutkimuksessa on lopulta kyse ”empiirisen oikeusdogmatiikan”⁶²⁸ teoriapohjan luomisesta.

Halttunen toteaa, ettei oikeustieteessä olisi juurikaan tutkittu joustaviksi tai väljiksi luokiteltavissa olevia normistoja, jollaisten tarkastelun kohteeksi ottaminen olisikin Halttusen mukaan ”kohtalokasta” siinä mielessä, että epäonnistumisen todennäköisyys oikeustieteessä käytetyillä menetelmillä olisi varsin suuri.⁶²⁹ Väite on monella tapaa kummallinen. Ensinnäkin voidaan todeta pelkästään rikosoikeuden piirissä julkaistun jo Halttusen teoksen valmistuessa useampia nimenomaan mitä joustavimpien oikeusnormistojen piirissä liikkuvia väitöstenkin tutkimuksia. Toiseksi – ja haluttaessa siis puhua oikeustieteen osalta tietysti mitä monimerkitysisemmistä *epäonnistumisista* – voinee vaikkapa Lappi-Seppälän, Jonkan ja Korkan lainopilliset väitöskirjat todeta hyvinkin onnistuneiksi verrattuna siihen, ettei Halttunen oman ”empiirisen dogmatiikkansa” keinoin lopulta kykene edes vastaamaan aineelliseen tutkimuskysymykseensä. Rangaistuksen mittaamisen tai syyteharkinnan kaltaisten hyvin epätäsmällisten säännösten tulkintaan, systematisointiin ja ennen kaikkea niiden taustalla vallitsevien yhteiskunnallisten tavoitteiden ja arvojen yksittäistapaukselliseen huomiointiin nojautuvat lähtökohdat eivät näytä ajaneen Lappi-Seppälää, Jonkkaa tai Korkkaa millään tapaa ainakaan asetettujen tutkimuskysymysten valossa yhtä ”kohtalokkaisesti” seurauksiin kuin mihin Halttunen elatusratkaisujen tilastoanalyysi päättyy. Syynä tähän on uskoakseni se, etteivät edelliset turvaudu sen kaltaiseen subsumtioloogiikkaan, joksi Halttunen kaiki ”perinteisen” oikeusdogmatiikan mieltää. Lopulta kaikki neljä pyrkivät kuitenkin samaan: joustavien ja mitä tulkinnanvaraisimpien oikeussäännösten täsmentämiseen. Tämä edellyttää turvautumista johonkin itse oikeussäännösten ulkopuoliseen ainekseen. Lappi-Seppälä, Jonkka ja Korkka löytävät oman turvansa säännösten taustalla vaikuttavista tavoitteista ja arvoista, jotka kanavoidaan säännösten tulkintaan ennen kaikkea oikeusperiaateajattelun ja argumentaatioteorian keinoin. Halttunen turvaa sen sijaan empiirisiin havaintoihin, jotka koskevat konkreettista oikeuskäytäntöä, ja jonka hän yrittää kanavoida säännösten tulkintaan tilastoanalyysin ja matematiikan keinoin.⁶³⁰

⁶²⁷ Halttunen 1993 s. 53, 88 ja 142. Halttusen käsityksen mukaan tosiasioiden ja arvojen välillä ei ole mitään loogista, deduktiivista silttaa (s. 233).

⁶²⁸ ”Allekirjoittaneen tavoitteena on saada ymmärretyksi näkemys, että empiirinen tutkimus on oikeustiedettä, vieläpä oikeusdogmatiikkaa sen perinteisessä merkityksessä. Toisena pyrkimyksenä on saada esiin ja hyväksytyksi näkemys siitä, että matemaattinen kaava on tai edustaa relevanttia oikeudellista ajattelua.” (Halttunen 1993 s. 225) Esim. vastaväittäjä Aarnio puhuu Halttusen ”uudesta” empiirisen oikeusdogmatiikan teoriasta (Aarnio-Mikkola 1994 s. 396).

⁶²⁹ Halttunen 1993 s. 192. Kyse on juurikin siitä, että näitä joustavia oikeusnormeja tulisi Halttusen mukaan lähestyä niiden soveltamiskäytäntöä yhteiskuntatieteen (tilastollisia) menetelmiä hyväksi käyttäen.

⁶³⁰ Esim. Jonkka kyllä pohtii myös matemaattisten mallien hyödyntämistä esim. tuomitsemiskynnyksen määrittämisen keinona suhtautuen lopulta kuitenkin niiden soveltavuuteen ja käyttökelpoisuuteen juridisessa käytännöllisessä päätöksenteossa varauksellisesti. Jonkan näkemyksen mukaan päätösteorialle rakentuvaa ajatusta tulisikin kehittää ”pehmeämmän” mallin

Ajattelumallien ero tulee esiin hyvin Halttusen toisena vastaväittäjänä toimineen Aulis Aarnio lausunnosta. Aarnio toteaa Halttusen perusteeksi sen, etteivät voimassa olevan elatuslain säännökset anna joustavina normeina riittävää (tai tarkoitettua) semanttista informaatiota. Juuri tässä kulkee Aarnion mukaan tietynlainen vedenjakaja hänen ja Halttusen käsitysten välillä; Halttunen edustaa unelmaa täsmällisestä lainsäädännöstä, jossa semanttinen avoimuus on eliminoitava itse säännöksistä. Aarnio sen sijaan yrittää nähdä oikeusjärjestelmän kokonaisuutena ja funktionaalisen rakenteen omaavana. Avoimuutta esiintyy Aarnion näkemyksen mukaan aina tavallisella kielellä laadittujen säännösten kohdalla. Olennaista on se, että semanttisesti (enemmän tai vähemmän) avoin tunnusmerkistö on yhdistettävä asianmukaiseen oikeudelliseen argumentaatioon. Vasta yhdessä ne takaavat yhteiskunnan toimivuuden ja oikeudenmukaisuuden keskimääräisen jakautumisen kannalta riittävän tuloksen. Mitä pienempi on säännöksen semanttisen informaation määrä, sitä suuremmat vaatimukset sen osalta kohdistuvat oikeudelliseen argumentaatioon. Juuri tässä Aarnio näkee modernin oikeuden pulman kaikkialla maailmassa; tietyt tendenssit yhteiskunnassa (avointen tunnusmerkistöjen lisääntyminen, kohtuullistamis- ja sovittelunormit, periaatetyypiset normit, tavoitenormit, resurssinormit jne.) aiheuttavat sen, että sääntelyinformaatio vähentyy (semanttisen informaation mielessä). Tämä paine puolestaan kasaantuu juuri oikeudellisen argumentaation suunnalle. Argumentaatioteorian samanaikainen nousu useissa eri maissa 1900-luvun loppupuolella ei Aarnion mukaan liitykään jonkinlaiseen muotiin, vaan yhteiskuntaan!⁶³¹

En ole lainkaan vakuuttunut allekirjoittaisiko Halttunen Aarnion väitettä itsestään semanttisesti suljettujen säännösten perään unelmoijana. Itselleni ajatus kuvastaa enemmänkin Aarnion näkökulmaa, jolle Halttusen edustama realismi ja havaintoihin perustuva ontologia jää melko vieraaksi.⁶³² Se, missä uskon Aarnion osuneen naulan kantaan on ajatus siitä, kuinka argumentaatioteorialle on ollut valtava yhteiskunnallinen tarve. Ehkä vielä tarkemmin voisi todeta sille olleen suorastaan huutava juridinen tilaus. Yleisesti hyväksytty ajatus yhden ainoan oikean ja lainsäädännön perusteella löydettävissä olevan ratkaisun murtumisesta on kerta kaikkiaan pakottanut kysymään, mistä edes jollain tapaa perusteltuja ratkaisuja sitten

suuntaan. Tällainen ”pehmeämpi punnintamalli” löytyy lopulta nimenomaan periaateajattelusta. (Jonkka 1991 s. 106–108, 156 ja 170) Toisena vastaväittäjänä toiminut Klami 1992 s. 134–137 luonnehtii Jonkan valintaa ”numeeristen arvojen vierastamiseksi” huomauttaen lisäksi, ettei esimerkiksi pelkkä metodin väärinkäsittämisen mahdollisuus ole pätevä argumentti metodia vastaan. Periaatekeskustelun osalta Klami toteaa Jonkan antaneen rikos- ja rikosprosessiperiaateille enemmän sijaa kuin aiheen käsittely olisi varsinaisesti vaatinut – ilman, että tältä osin olisi kumminkaan saavutettu monografista syvällisyyttä. Klamin mielestä Jonkka onkin ajautunut periaatteiden osalta keskelle ”oikeusteorian iktiakueille kiistakysymyksiä”, mutta pysyttelevän niiden suhteen varovaisena. Modernissa oikeusteoriassa vielä monessa suhteessa sangen selkiytymättömäksi jääneen sääntö/periaate -keskustelun osalta väittelijää ei tältä osin voikaan Klamin mukaan liiaksi moittia paikoin hapuilevasta otteesta. (s. 134 ja 138) Periaatteiden punninnan osalta Klami kuitenkin lausuu myöhemminkin jäähyväisluonnossaan toistamansa kannan: jos halutaan punninta argumentteja, on tiedettävä, mikä on tässä punninnassa *mittana*. Niin kauan kuin mittaa ei kyetä eksplikoimaan, jää vaatimus erisuuntaisten argumenttien arvioinnista puolittiehen, eikä koko punninnassa ole mitään mieltä! Kaikesta huolimatta lakimiehet ovat Klamin mukaan onnistuneet ”punnitsemaan” argumenttejaan vuosituhansia sen kummemmin mittojaan tai punnuksiaan pohtimatta. (s. 138 ja Klami 2001 s. 1313). Klami syyttää tältä osin nimenomaan oikeuspositivistieja (ennen kaikkea Aarniota, Alexyä ja Peczenikiä) punnuksina lopulta toimivien arvojen ja moraalien sysäämisestä argumenttiarsenaalissaan pahnan pohjimmaisiksi. Klamin jäähyväisluento päättyy sanoihin: ”(o)n siis keskusteltava arvoista ja moraalista aina kun puhumme oikeudesta. Jos emme suostu sitä – oikeuspositivistien tapaan – tekemään, hyväksymme kuitenkin jonkun auktoriteetin käyttämät arvostukset, niellemme ne purematta. Kun kysymys on yhteiskunnallisen käyttäytymisen ohjaamisesta, on ohjattava haluttuun suuntaan. Tuon suunnan valinnassa ei voi harrastaa sokkoleikkii.” (Klami 2001 s. 1313) Ks. myös Gräns 2013 s. 113–114, joka huomauttaa erilaisten punnintojen ja ”optimointien” olevan oikeuden maailmassa mitä vaikeimpia, koska punnittavien asioiden suhteen ei kerta kaikkiaan tunnu löytyvän yhteisiä mittoja – ja lisäksi asioiden painoarvot elävät vielä kontekstin ja arvottajan henkilönkin mukaan!

⁶³¹ Aarnio–Mikkola 1994 s. 395–396 ja Aarnio 2006 s. 53–54, jossa argumentaatioteorian alkutahtit yhdistetään vuosina 1975–1979 julkaistuihin Aarnion, Neil MacCormickin, Robert Alexyn sekä Aleksander Peczenikin teoksiin. Uusista normityypeistä ks. myös Aarnio 1994b s. 282.

⁶³² Aarnion ”ontologiatomuudesta” ks. jo edellä kappaleessa 1 mainitut Renton huomiot sekä omat huomioni siitä, kuinka ontologia näyttäisi kuitenkin viimeistään 2000-luvulla alkaneen Aarniota huomattavissakin määrin kiinnostaa.

voisi löytää. Argumentaatioteoria ja periaatteilla ajattelevien ovat tarjonneet juristikunnalle itsessään riittävän epämääräisen ja mitä erilaisimpia lopputuloksia mahdollistavan tavan rikastaa oikeudellista päätöksentekoa tietyllä tapaa oikeuden ulkopuolisilla ennen kaikkea moraalien tai politiikan piiriin lukeutuvilla näkökohdilla. Tämä on osoittautunut pitkiin 2000-luvun huomattavasti puoleensavetävämmäksi vaihtoehdoksi kuin tilastomatematisilla kaavoilla operointi. Esimerkiksi juuri Aarnio peräänkuulutti oikeustieteen valtakunnallisilla koulutuspäivillä vuonna 1993 pitämässään esitelmässä ”uudenlaista, tehtävästään tietoista, yhteiskunnallisesti orientoitunutta ja säädösten taakse näkevää lakimiestyyppiä”, jonka käsissä oikeus – muotoineen päivineen – uudistuisi sen verran kuin kulloinkin tarvitaan⁶³³.

Oikeusperiaatteilla ajattelevien merkitsee juuri tällaista ”säädösten taakse näkemistä”. Periaatteet ovat säädösten taustalla, tai Tuorin tasomallin mukaisesti *syvemmällä*. Ne avaavat näkökulmia positiivisen oikeuden ulkopuoliseen ainekseen⁶³⁴. Ne mahdollistavat säädösaineistossa esiintyvien aukkojen täyttämisen *oikeusperiaate*-statuksen johdosta nimenomaan ”oikeudelliseksi” mielletyllä materiaalilla ja näin enemmän tai vähemmän oikeudellisesti vapaaksi mielletyn alueen saattamisen tietoisin ja tätä kautta kontrolloidun ”oikeudellisen” harkinnan piiriin⁶³⁵.

Mika Huovilan väitöskirja *Periaatteet ja perustelut* (2003) tarjoaa jo käsitellyn Kavoniuksen väitöskirjan ohella eräänlaisen ääriesimerkin periaatevetoisen ajattelun omaksumisesta. Tutkimus koskee käräjätuomioiden näyttöratkaisujen perustelemista, eikä sillä tältä osin tietystikään ole paljoa tekemistä rikoslainopin kanssa. Huovila on kuitenkin vuonna 2005 julkaissut myös nimenomaan rikostuomion perustelemista ja rikosoikeudellista oikeuslähteoppia koskevan kirjoituksen, jossa hän tukeutuu käytännössä täysin väitöskirjansa periaateajattelua koskeviin peruslähtökohtiin⁶³⁶. Tukeudun seuraavaksi kumpaiseenkin tutkimukseen, joilla on nähdäkseni ollut huomattava vaikutus tapaan, jolla rikosoikeudellisia ratkaisuita etenkin käytännön oikeuselämässä tehdään.

Edellä esitellyn Jonkan tutkimuksen kanssa hyvin samanlaisin sanankääntein Huovila ilmoittaa väitöskirjansa tavoitteeksi kehittää yleinen malli, jonka perusteella olisi

⁶³³ Aarnio 1994b s. 285.

⁶³⁴ Esim. Nuotio 1998 s. 29 toteaa modernissa oikeusteoriassa keskustellun vilkkaasti moraalien, oikeuden ja politiikan suhteista. Nuotio katsoo juuri oikeusperiaateajattelun avanneen uusia mahdollisuuksia moniulotteista kysymystä esim. oikeuden voimassaolosta ja ”johtaa” oikeuden legitimaatio aikaisempaa monivivahteisemmin. Tätä kautta oikeusperiaatetarkastelut avaavat myös oikeusdogmaattiselle rekonstruktioityölle uusia mahdollisuuksia.

⁶³⁵ Ks. esim. jo käsitelty Kavoniusta 2003, jolle periaateajattelussa olennaista oli juuri ”kielellisen tiedostamisen” piiriin laajentaminen ja Lappi-Seppälä 1987, joka painotti rangaistuksen määräämisen saattamista vapaasta harkinnasta yleisin laintulkinnallisin keinoin hallittavaksi päätökseksi. Aivan samoin seuraavaksi käsiteltävä Mika Huovila 2003 esim. s. 62–63, 296–299 ja 386 painottaa väitöskirjassaan oikeudellisen harkinnan ”harmaitten alueiden” saattamista kontrolliin piiriin ja sitä, kuinka perustelujen ristiriitaisiakin vaatimuksia voidaan näin arvioida oikeudellisin perustein (s. 408). Periaatteiden punninnan avulla täsmennettävästä ”harmasta vyöhykkeestä” puhuu syyteharkinnan osalta useaan otteeseen myös Jonka 1991 s. 141, 148–150 ja 166). Ks. myös Pihlajamäki 1997 s. 386, joka epäilee tuskin kenenkään enää (ainakaan siis toisen maailmansodan jälkeisessä mannermaisessa oikeusjärjestelmässä) ajattelevan todistusharkinnankaan alueella sijaitsevan jonkinlaista säännöistä täysin vapaan harkinnan aluetta ja toteaa demokratian suvaitsevan ylipäänsä huonosti normatiivisesti vapaita vyöhykkeitä.

⁶³⁶ Huovila 2005. Kirjoitus pohjautuu Huovilan lukuvuosina 2004–2005 Helsingin hovioikeuspiiriin laatuhankeena toteutetussa *Rikostuomion perustelut* -opintokokonaisuudessa pääopettajan ominaisuudessa pitämien luentojen materiaaleihin. (ks. teoksen esipuhe s. 9–10). Huovila toteaaakin jo väitöskirjassaan näyttökysymysten perustelujen osalta esittämänsä soveltuvan suurelta osin myös oikeuskysymysten perusteluihin – vähintäänkin hieman modifioituna (Huovila 2003 s. 408–409). Nimenomaan rikosoikeudesta kiinnostuneen on syytä lukea vuoden 2005 tekstiä edelleen vähintäänkin samaisesta teoksesta löytyvän Raimo Lahden lähinnä kommenttiluonteisen tekstin kanssa. Tekstissään Lahti nostaa esiin ennen kaikkea täydentäviä rikosoikeustieteellisiä näkökohtia Huovilan esitykseen (ks. Lahti 2005 s. 100), jota ei ainakaan omasta mielestäni voi moneltakaan osin kuvailla erityisen *rikosoikeudelliseksi*, vaan pikemminkin hyvin yleisluontoiseksi oikeuslähteopilliseksi esitykseksi, jossa silloin tällöin muistutellaan lähinnä rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen vedoten rikosoikeudellisen lainkäytön erityispiirteistä.

arvioitavissa, minkälaiset näyttöratkaisujen perustelut ovat voimassa olevan oikeusjärjestyksen mukaan kulloisessakin tilanteessa *optimaaliset*. Kyse on toisin sanoen tuomion perusteluiden laadun kriteereistä, jotka puolestaan liittyvät suoraan kysymykseen siitä, miksi tuomioita ylipäänsä perustellaan.⁶³⁷ Säännösten kyse on silloisten OK 24:4:n ja ROL 11:4.1:n soveltamisesta. Kyseiset tuomioiden perustelemista koskevat säännökset oli jouduttu jättämään siinä määrin avoimiksi, ettei niiden osalta päästä Huovilan mukaan ”perinteisen tulkintalainopin” (tai ”sääntöhakuisen tutkimuksen”) keinoin kovinkaan pitkälle. Katse onkin Huovilan mukaan välttämättä suunnattava yleisluontoisempiin normeihin; periaatteisiin. Kyseistä ”periaatehakuista tutkimusmetodiaa” Huovila perustelee lisäksi perus- ja ihmisoikeuksien roolin korostumisella sekä tähän liittyvällä prosessioikeuden perustuslaillistumisella.⁶³⁸ Huovila katsoo perusoikeussäännösten suorastaan edellyttävän jonkinlaista periaatekäsitystä, koska niiden soveltaminen ei ole mahdollista samantapaisesti kuin sääntöjen.⁶³⁹

Nimenomaan perus- ja ihmisoikeusargumentointiin liittyen Huovila omaksuu väitöskirjaansa vaikeaselkoisen jaottelun, jossa periaatteet luokitellaan yksilön (perus- ja ihmis-)oikeuksia suojaaviin *oikeusperiaatteisiin* sekä kollektiivisia yhteisöllisiä tavoitteita toteuttaviin *päämääräperiaatteisiin*. Dworkinin niin sanotun *Taking Rights Seriously* -teesin innoittamana Huovila muotoilee oman ”prosessuaalisen TRS -teesinsä”, jonka mukaan yksilön oikeuksia turvaavien periaatteiden painoarvo on *prima facie* selvästi suurempi kuin kollektiivisten päämäärien. Tämä korostuu Huovilan mukaan vielä erityisesti todistusharkinnassa.⁶⁴⁰ ”Periaatehakuisten tarkastelutavan” ohella toiseksi tutkimuksen tärkeimmäksi menetelmäksi Huovila ilmoittaa ”periaatteiden punninnan”⁶⁴¹. Huovila toteaa tutkimuksesta muodostuvan yhtä suuressa määrin tutkimus prosessuaalisista oikeusperiaatteista kuin perusteluistakin.⁶⁴² Lopulta tutkimus rakentuu siten, että aluksi Huovila pyrkii määrittämään, tai löytämään, tärkeimmät yleiset perusteluvollisuutta ohjaavat ja määrittävät periaatteet (luvut 2–4), justifioimaan edellä löytämänsä periaatteet ja samalla täsmentämään niiden painoarvoon vaikuttavat argumentit (luvut 5–8) ja lopuksi testaamaan edellä kehittelemänsä mallin toimivuutta neljän konkreettisen soveltamisesimerkin valossa (luku 9).

⁶³⁷ Huovila 2003 s. 6–7. ”Faktaperusteluilla” Huovila tarkoittaa näytön selostamista, todistusharkinnan perustelemista sekä näytön arvioinnin lopputuloksen eli viime kädessä tuomion oikeustositseikaston toteamista. Sen sijaan näytön arviointiin liittyvän normatiivisen puolen (todistustaakka, näyttökynnys) perusteleminen ei varsinaisesti sisälly väitöskirjan tutkimuskohteeseen. Käytännössä todistusharkintaa ja näytön riittävyyden harkintaa ei kuitenkaan Huovilan mukaan voi täysin erottaa toisistaan, vaan faktat ja normit kietoutuvat lopulta yhteen (, mikä vielä korostuu juuri oikeudenkäynnissä). (s. 7–9 ja 408–409)

⁶³⁸ Huovila näkee perusoikeussäännökset ja ihmisoikeussopimusten artiklat syvällä yhteiskunnan arvoperustassa olevien oikeusperiaatteiden ilmauksina (Huovila 2003 s. 23). Esim. EU-oikeudesta Huovila ei (EU:n ns. perusoikeusjulistusta lukuun ottamatta) ole väitöskirjassaan juuri kiinnostunut (s. 23–24. Näin myös vastaväittäjä Tatu Leppänen 2004 s. 141, jonka mukaan tosin myös perus- ja ihmisoikeuksien suhde prosessiperiaatteisiin jää tutkimuksessa hieman epäselväksi). Ks. myös Huovila 2005 s. 48–49, 51 ja 90–91, jossa Huovila toteaa tärkeimmäksi syyksi ”periaatteiden esiinmarssiin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa” oikeuslähdeoppiliset perus- ja ihmisoikeuksien nousuun liittyneet muutokset 1990-luvulla. Kyseisten tyypillisesti periaatteina sovellettavien normien roolin nousu aiheuttivat Huovilan mukaan pakottavan tarpeen periaatteiden ja niiden punninnan ottamiseen lain soveltamisen välineeksi.

⁶³⁹ Huovila 2003 s. 7, 10, 28, 43 ja 101. Vastaväittäjä Leppänen 1994 s. 136–139 katsoi periaatteiden varaan rakentuvan metodin ”ei aivan tavanomaiseksi” todeten ns. periaatehakuisten prosessitutkimuksen hiukan yli 10 vuotta vanhaksi perinteeksi, millä Leppänen viittanee juurikin Jonkan väitöskirjaan, koska toteaa juuri Jonkan tuoneen periaatekeskustelun suomalaisen prosessioikeuteen.

⁶⁴⁰ Huovila 2003 s. 12–13, 36–37, 39–54, 131–133, 368 ja 408. Huovila katsoo vaikeaselkoisen ja nimenomaan Dworkinin *principles/policies* -erotteluun pohjautuvan oikeus- ja päämääräperiaatteiden erottelun kontekstuaaliseksi ja toteaa samojen periaatteiden voivan tilanteesta riippuen näyttäytyä kumpana tahansa (s. 50–52 ja 83). Esim. s. 324–326 oikeudenkäynnin kustannusten pienentämisessä on kyse oikeudenkäyntiin osallistuvien yksityisten tahojen kannalta oikeusperiaatteesta (”halpuusperiaate”), mutta valtion kustannusten osalta sen sijaan päämääräargumentista.

⁶⁴¹ Huovila 2003 s. 11. Huovilan punnintamallissa on kyse *periaatteiden optimoinnista* (s. 346).

⁶⁴² Huovila 2003 s. 14.

Huovilan (rikosoikeudellista) oikeuslähdeoppia koskevan esityksen taustalta löytyy aivan samanlainen ajatusmalli. Huovila sitoo oikeuslähteiden velvoittavuuden ja *lähtökohtaisen* etusijajärjestyksen institutionaalisiin oikeuttamisperusteisiin, jotka Huovila ymmärtää oikeusjärjestyksen taustalla olevien oikeudellisten arvojen ja tavoitteiden tiivistymiksi – eli oikeusperiaatteiksi. Periaatteet joudutaan Huovilan mukaan usein päättämään tai rekonstruoimaan oikeusjärjestyksestä tai tiettyä oikeudenalaa koskevista oikeuslähteistä kokonaisuutena arvioiden. Erityisesti niitä on aiheellista jäljittää perustuslaista ja ihmisoikeussopimuksista.⁶⁴³ Huovila ei sisällytä oikeusperiaatteita varsinaiseen oikeuslähteiden listaansa, vaikkakin toteaa vallitsevaksi periaatekäsitteeksi sen, että ainakin osa niistä käsitetään itsenäisiksi oikeusnormeiksi, joihin vaikkapa tuomio tai oikeustieteellinen kannanotto voidaan perustaa. Kyse on kuitenkin varsinaisten oikeuslähteiden sijaan oikeudellista argumentaatiota ohjaavista normeista. Huovila jakaakin oikeudellisen argumentaation sääntö/periaate -erottelun pohjalta tulkintaan ja punnintaan.⁶⁴⁴

Huovilan väitöskirja on havainnollinen esimerkki periaatteisiin liittyvän oikeusajattelun nopeasta muutoksesta. Siinä, missä Huovila ei pidä periaatteiden avulla tapahtuvaa lainsoveltamista lainkaan tulkintana – tai ainakaan ”tulkintajuridiikkana”⁶⁴⁵, tuntuu sen sijaan ajatus lakien *tulkittamisesta* ilman erilaisten periaatteiden (tai vaikkapa perus- ja ihmisoikeuksien) huomiointia jo varsin vieraalta 2010- ja 2020-luvun juristille. Nykyjuristi kysyy, mikä virka Huovilan ajattelun mukaisella ja siis oikeussäännösten merkityssisällön täsmentämiseen kykenemättömällä ”tulkintajuridiikalla” sitten oikein on!?⁶⁴⁶ Huovila toteaa oikeusperiaatteisiin nojautuvan tutkimuksen varsin monimerkityksiseksi ja epäselväksikin pitäen sitä kuitenkin jo vallitsevan paradigman mukaisena⁶⁴⁷. Myös Huovilan itsensä käyttämä terminologia on vaikea. Edellä mainittujen oikeus- ja päämääräperiaatteiden ohella Huovila puhuu ainakin ”tavallisista” periaateista, ”väliperiaateista”, ”funktioperiaateista” ja ”syvärakenteen periaateista”⁶⁴⁸. Osaa tavanomaisista prosessioikeudellisista periaateista Huovila pitää pikemminkin

⁶⁴³ Huovila 2005 s. 24–26 ja 51. Huovila tukeutuu ennen kaikkea Raimo Siltalan ja Kaarlo Tuorin ajatuksiin oikeusjärjestelmän rakenteesta (eli ”institutionaalisiin oikeusperiaatteisiin” rakenteistuneista oikeudellisista arvoista ja tavoitteista (Siltala 2003 s. 224) sekä oikeuden eri tasoista ja niiden välisestä ”sedimentaatiosta” (Tuori 2000 s. 220–229)).

⁶⁴⁴ Huovila 2005 s. 47–48 ja 57–58. Esim. demokratia-, oikeusvaltio- sekä vallan kolmijaon periaatteet ovat Huovilalle keskeisiä oikeuslähdeoppia ja oikeuslähteiden velvoittavuuden etusijajärjestystä määrittäviä periaatteita.

⁶⁴⁵ Huovila 2003 s. 7, 10 ja 101. 2000-luvun alun muutosvaihetta kuvastaa se, että samana vuonna Hannu Tolonen nosti omassa oikeuslähdeoppissaan oikeusperiaatteet erityiseksi oikeuslähteiden ryhmäksi (Tolonen 2003 s. 135–136), Raimo Siltala täydensi oikeustieteen tieteenteoriassaan lainopin perustehtäväksi tulkinnan ja systematisoinnin ohella punninnan (Siltala 2003 s. 328–329 ja 502) ja Petter Kavonius julkaisi oman periaatteilla ajattelua yleistävän väitöskirjansa (Kavonius 2003).

⁶⁴⁶ Ainakin Hyttinen 2015 s. 251–252 ja 271 lienee kanssani eri mieltä korostaessaan (nimenomaan tältä osin pitkälti Huovilaan tukeutuen), ettei *punninta* ole *laintulkintaa* eikä varsinainen lainsoveltamisen metodi, vaan pikemminkin ”viimekätinen ratkaisukeino”. En itse näe syytä suorittaa tällaisia erotteluita, enkä usko kovin monen muunkaan periaatteiden kanssa operoimaan tottuneen juristin ainakaan enää 2020-luvulla näin tekevän. Samaa mieltä kanssani lienee vastaväittäjä Frände 2016c s. 346, jonka mukaan voisi yhtä hyvin puhua ”laintulkinnan ratkaisemisesta eri näkökohtia keskenään punnitsemalla” kuin yrittää tehdä jonkinlainen jyrkkä ero laintulkinnan ja punninnan välille. Lisäksi Hyttisen tapa korostaa ”eri suuntiin viettävien ratkaisuperusteiden väliseen punnintaan” ryhtymistä vasta ”rikoslain tulkinnan” päädyttyä useampaan mahdolliseen ratkaisuvaihtoehtoon on perin kummallinen verrattuna siihen, että edellä hän konstruoi kaksi kokonaan erilaista oikeuslähdeoppia riippuen siitä, onko ratkaisun lopputulos syyksi lukeva vai vapauttava (tästä paradokseista s. 166 ja 194–195). Kyseinen paradoksi loistaa kuitenkin poissaolollaan Hyttisen ratkaisuharkinnan metodia koskevassa esimerkissä (s. 256–263) ja kaaviossa (s. 271). Itselleni Hyttisen paradoksi jääkin tältä osin avautumatta – niin kuin kai paradoksin kuuluukin!

⁶⁴⁷ Huovila 2003 s. 12.

⁶⁴⁸ Huovila määrittelee *oikeusperiaatteen* (tai *arvoperiaatteen* tai vain *arvon*) yleisluontoiseksi normiksi, jonka voimassaolo riippuu pikemmin hyväksyttävyydestä kuin muodollisesta pätevydestä ja joka tunnustetaan normiksi yhtäältä arvo- ja tavoiteargumentien sekä toisaalta institutionaalisen tuen avulla ja jota ”sovelletaan” punnitsemalla sitä muiden periaatteiden kanssa tai argumentoimalla tietyn ratkaisuvaihtoehdon puolesta taikka sitä vastaan (Huovila 2003 s. 36–37). ”*Tavallinen*” periaate merkitsee sen sijaan yleisesti optimointikäskyä eli normia, jota sovelletaan enemmän tai vähemmän oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien rajoissa (s. 37). *Funktioperiaateissa* on kyse tuomioistuinprosessin tehtävistä, jotka ymmärretään normeina – tarkemmin siis periaatteina. Osa niistä on Huovilan mukaan mahdollista ymmärtää hyvin myös suoranaisina prosessuaalisina oikeusperiaatteina. (s. 66–67 ja 71) Lopulta Huovila näkee funktioperiaatteet kuitenkin tarpeettomasti konstruoituina *väliperiaatteina*, joiden sijaan punninta ja arviointi voidaan suorittaa suoraan ”alkuperäisillä” tai perimmäisillä *syvärakenteen periaateilla* taikka *prosessuaalisilla arvoperiaateilla* (s. 71–72 ja 83–84).

”yleisinä prosessin piirteiden kuvauksina” ja esimerkiksi oikeudenmukaisuuden tunnun osalta Huovila katsoo olevan syytä puhua erillisen periaatteen sijaan ”syväälle oikeuden arvoperustaan tukeutuvasta näkökulmasta”.⁶⁴⁹ Lopulta Huovila systematisoi näyttökysymysten perusteluihin liittyvät periaatteet kolmeen periaateryhmään, joista siis jokaiseen sisältyy erilaisia periaatteita. Eri periaatteet heijastelevat erilaisia taustatarvoja ja tavoitteita kytkeytyen samalla toinen toisiinsa.⁶⁵⁰ Tältä osin ollaan hyvin lähellä etenkin Lappi-Seppälän ja Jonkan esitysten periaatteiden verkkoa.

Huovilan väitöskirja huipentuu suhteellisen konkreettiseen käytännöllisten ohjeiden asuun puettujen yhteensä 15 ”perustelemisen periaatteen” tai ”peukalosäännön” esittämiseen, jolla Huovila pyrkii tasapainottamaan muuten varsin teoreettista tutkimustaan. Peukalosääntöjen laadinnassa Huovila kertookin pyrkineensä olemaan ajattelematta ”teoreettista puhdasoppisuutta”.⁶⁵¹ Samaan tapaan Huovila on pyrkinyt tiivistämään (rikosoikeudellisia) oikeuslähteitä koskevan käsityksensä peukalosääntöjen joukoksi. Myös tältä osin Huovila korostaa peukalosääntöjensä roolia kulloisistakin oikeudellisista ja tosiasiallisista olosuhteista riippuvina enemmän tai vähemmän noudatettavina suuntaviivoina.⁶⁵²

Tässä kohdin on hyvä pysähtyä miettimään jo edellä mainittua ajatusta siitä, kuinka periaatteet ovat modernissa oikeudessa vallanneet alaa käsitteiltä.⁶⁵³ Jos käsitelainoppi ymmärretään konstruktiiiviseksi ja kehämäiseksi ”käsitteistä päättelämiseksi”, jossa positiivisen oikeuden oikeuslauseista johdetaan ensin (induktiivisesti) yleisiä käsitteitä, joista puolestaan johdetaan edelleen (nyt deduktiivisesti) uusia oikeuslauseita⁶⁵⁴, ei ole aivan helppoa sanoa, miten vaikkapa Huovilan periaateajattelu tästä poikkeaa. Paitsi, että käsitteiden sijaan puhutaan tietysti periaatteista! Esimerkiksi Raimo Siltalan todettiin jo edellä määritelleen käsitelainopin yhdeksi keskeisteoksiksi ajatuksen oikeudellisten käsitteiden aukottomasta systeemisestä jäsenyyksestä (käsitejärjestelmästä), johon yksittäinen oikeudellinen soveltamisongelma tulisi voida sijoittaa.⁶⁵⁵ Tällä kaikella on huomattavia yhtymäkohtia ajatukseen siitä, kuinka positiivisesta oikeusjärjestyksestä (ja siis etenkin sen antaman ”institutionaalisen tuen” nojalla) johdetaan ja tiivistetään erilaisia periaatteita – yhä hienojakoisemmiksi periaatteiden verkostoiksi –, joiden varassa edelleen ratkaistaan lainsoveltamisongelmia. Se, että tämä kaikki tapahtuu ylimalkaisten, keskenään usein ristiriitaisten, päällekkäisten ja punnintatyyppisten

⁶⁴⁹ Huovila 2003 s. 79, 81 ja 187. Lisäksi Huovila erottaa oikeudenkäynnin ”luontaiset” periaatteet (kuten varmuus, aineellinen totuus ja oikeudenmukainen oikeudenkäynti) ja ”paljon yleisemmät kuin vain oikeudenkäynteihin liittyvät periaatteet” (kuten hienotunteisuuden periaate sekä nopeus- ja halpuusperiaate) (s. 336 ja 356).

⁶⁵⁰ Huovilan kolme periaateryhmää ovat 1) aineellisen totuuden periaate, 2) oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaate sekä 3) kustannustehokkuuden periaate (Huovila 2003 s. 131 ja 133). Esim. oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osalta Huovila viittaa prosessuaalisen rationaalisuuden arvoon, ymmärrettävyyden arvoon, henkilökohtaisen yksityisyyden arvoon, prosessuaaliseen tasa-arvoon sekä hienotunteisuuden periaatteeseen (s. 314–315). Esim. kustannustehokkuusperiaatteessa on Huovilan mukaan (yleensä) kyse aineellisen totuuden ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteiden vastapunnuksesta (s. 323 ja 327). Aineellisen totuuden ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteet ovat niin ikään läheisessä yhteydessä, joka voi vaikuttaa myös siten, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus rajoittaa aineellista totuutta sulkemalla perus- ja ihmisoikeuksien kannalta ”kyseenalaisesti” hankitut (sinällään ehkä todenmukaisen) näytön prosessin ulkopuolelle (s. 168–169 ja 176–179).

⁶⁵¹ Huovila 2003 s. 11, 36–38, 374 ja 413–414. Monimutkaisen terminologiansa mukaisesti Huovila toteaa, ettei peukalosäännöissä ole kyse varsinaisista oikeusperiaateista, vaan syvemmän tason punninnan *tuloksista*. Osa niistä kuuluu ”tavallisiin” periaatteisiin, osa periaatteiden painoarvoon vaikuttaviin argumentteihin ja osa punnintasääntöihin.

⁶⁵² Huovila 2005 s. 46 (oikeuslähteiden jäsenyyksen osalta) ja 93–95 (oikeuslähteiden tulkinnan ja soveltamisen osalta). Samaan tapaan myös esim. Helenius 2014 s. 471–479 tiivistää väitöstutkimuksensa ”teesien” muotoon.

⁶⁵³ Ks. esim. Mielityinen 2006 s. 103 ja Letto-Vanamo 2009 s. 405. Ks. myös esim. Mäkelä 2010 s. 23 ja 27, joka puhuu ”periaatepainotteisista yleisistä opeista” eräänlaisena kompromissina aineellisen ja muodollisen oikeudenmukaisuuden toteuttamiseksi ja ”lokaalisen koherenssin” tavoittelemiseksi oikeuskäsitteiden sijaan oikeusperiaateilla.

⁶⁵⁴ Ks. esim. Helin 1988 s. 214 ja 338 sekä Tuori 2007 s. 93–95, 139 ja 207, joka puhuu historiallisen koulukunnan *konstruktiiivisesta metodista* varoittaen 1900-luvun tietenteorian mukaisen induktio/deduktio -jaottelun soveltamisessa 1800-luvun tutkimukseen piilevästä anakronismin vaarasta (ks. tästä myös s. 97, 107 ja 209).

⁶⁵⁵ Siltala 2003 s. 94–95, 337, 532–533 ja 540.

periaatteiden (sekä esimerkiksi Huovilan osalta lisäksi niitä koskevan mitä monimutkaisimman terminologian) varassa ei nähdäkseni poista *käsitelainopin* ja ”*periaatelainopin*” olennaisia yhtymäkohtia.⁶⁵⁶ Etenkin rikoslainoppinutta moinen ylimalkaisuus ja joustavuus pikemminkin hirvittää.

2.2.3.3 Yhteenvedo

Periaatteilla ajatteleminen on hyvin laaja-alainen ja oikeustieteeseen kauttaaltaan vaikuttanut ilmiö, jonka osalta on hyvin vaikea sanoa mitään kovin yleistä tai täsmällistä siitä yksinkertaisesta syystä, että koko ajatusmalli perustuu tapauskohtaiseen joustavuuteen – siihen, että enemmän tai vähemmän ylimalkaisia ja keskenään päällekkäisiä ja ristiriitaisia periaatteita punnitaan jonkinlaisen ratkaisutilanteen kontekstissa keskenään. Periaateajattelu on tarjonnut modernille juridiikalle jotain hyvin käyttökelpoista tilanteessa, jossa yhden ainoan oikean ratkaisun olemassaoloon, tai ainakaan sellaisen löytämiseen, ainakaan loogisen päättelyn keinoin, ei enää uskota. Periaatteilla operoiminen luo vähintäänkin mielikuvan *tietoisesta* ja *oikeudellisesta* päätöksenteosta tilanteissa, joissa ”perinteiset” oikeuslähteet eivät kerta kaikkiaan tunnu johtavan selkeisiin vastauksiin. Esimerkiksi yhtäältä *selvittämisintressin* ja toisaalta *oikeusturvaintressin* tai *rankaisukieltoperiaatteen* ja *rikastumiskieltoperiaatteen* kautta lieenee mahdollista lähteä arvioimaan mitä tahansa rikosprosessuaalista tai menettämisseuraamuksellista ongelmatilannetta. Kyseiset ja vieläpä eräänlaisina vastinpareina toimivat periaatteet mahdollistavat loputtoman *yhtäältä/toisaalta* sekä *puolesta/vastaan* -tyyppisen keskustelun kyseisten oikeudenalojen teemoista. Aivan samoin kuin vaikkapa yhtäältä *muodollisen* ja toisaalta *sisällöllisen* näkökulman voidaan ajatella merkinneen länsimaalaiselle oikeusfilosofialle tapaa käydä oikeudenmukaisuutta koskevaa keskustelua. Mikäli periaatteet ovat oikeudellisia – *oikeusperiaatteita* – mahdollistavat ne siis *oikeudellisen* keskustelun ja tätä kautta perustellun *oikeudellisen* ratkaisun mihin tahansa oikeudenalan ongelmatilanteeseen.

Oikeusperiaatteiden osalta painotetaan sitä, kuinka oikeuden ”taustalla” vallitsevat arvot ja tavoitteet on mahdollista juuri periaatteiden kautta tuoda osaksi oikeudellista päätöksentekoa siten, että toiminta säilyy kuitenkin oikeudellisena. Ne merkitsevät rajankäyntiä oikeuden, moraalin ja politiikan välillä. Minun on vaikea nähdä, että periaatteilla ajatteleminen olisi jollain tapaa ratkaissut kyseistä rajankäynnin ongelmaa. Sääntöjen, periaatteiden ja politiikkojen erottaminen on edelleen kaikkea muuta kuin yksiselitteistä. Myöskään oikeusperiaatteiden institutionaalisen tuen etsiminen, tai muukaan tapa erottaa niitä muunlaisista periaatteista ei ole helppoa. Periaatteilla operointi tarjoaa kuitenkin luontevan tavan käydä asiaa koskevaa

⁶⁵⁶ Myös Kaarlo Tuori on todennut nykyisessä periaatekeskustelussa kiinnostavia yhtymäkohtia käsitelainopin ns. konstruktiviseen menetelmään. Havainto koskee ennen kaikkea oikeusjärjestyksen normatiivista sisältöä tiivistäviä käsitteitä, joiden kautta erilaista normatiivista ainesta liitetään yhteen ”normikimpuiksi”. Ks. Tuori 2004 s. 1216–1217. Deduktion ja induktion suhteellisen tuoreesta erottelusta ks. Lavapuro 2010 s. 279–281, jossa mielenkiintoisella tavalla yhdistetään *deduktiivinen* metodi ”perinteiseen oikeuspositivistiseen” ja oikeudenalakohlaiseen systematiikkaan perustuvaan lainoppiin, jossa tuloksia johdetaan ”ylhäältä alaspäin”; abstraktia järjestelmää koskevista oletuksista kohti konkreettisia tulkintoja. *Induktiivisen* metodin Lavapuro yhdistää sen sijaan edellisen kanssa käänteiseen ”presumptiivisen kontekstualismin” metodiin, jossa oikeudellinen harkinta suuntautuu ”erityisesti yleiseen”; konkreettisen soveltamistilanteen esille nostamista kysymyksistä kohti yleisemmän tason teoreettisia ongelmia. En voi sanoa aivan tarkasti hahmottavani kyseistä erottelua, mutta kyse näyttää olevan nimeä myöten samasta asiasta, josta jo Pöyhönen 2000 s. 191–200 puhuu. Erona tosin näyttäisi olevan ainakin se, että Pöyhösen ajatukset *oikeudellisesta tilannetajusta*, *Natur der Sache* -asianmukaisuudesta, kantilaisesta *esteettisestä* arvostelukyvyystä, aristoteelisesta *topiikasta* sekä siirtymisestä *tiedosta kohti tahtoa ja oikeasta kohti hyvää* loistavat Lavapuron esityksessä poissaolollaan. Lienevätkö Lavapurolle liian ”luonnonoikeudellisia”? Mieleen tulee tietysti myös Jaakko Husan karkea yksinkertaistus induktiivisesta common law -päättelystä sekä deduktiivisesta roomanis-germaanisesta päättelystä (Husa 2004 s. 196).

keskustelua. Tämä johtuu jo siitä, etteivät periaatteet esiinny yksin, vaan edellyttävät useiden periaatteiden – useiden näkökohtien – yhtäaikaista huomioimista, eli punnintaa. Tästä päästään viimeiseen seikkaan, jota periaateajattelun osalta on vielä käsiteltävä.

Periaatteet ja ennen kaikkea niiden *punnitseminen* sopivat nimittäin erinomaisesti yhteen jo useamman vuosikymmenen vallalla olleeseen oikeudelliseen argumentaatioteoriaan. Erityisen hyvin tämä käy ilmi Jyrki Virolaisen ja Petri Martikaisen vaikutusvaltaisesta⁶⁵⁷ teosparista *Pro & contra* (2003) sekä *Tuomion perusteleminen* (2010). Teosten lähtökohtana on ajatus kotimaisesta ristipaineiden alle jääneestä lainkäyttökulttuurista, jossa tuomioistuimet saavat *yhteiskunnan oikeudellistumisen* myötä ratkaistavakseen uudenlaisia asioita, joutuvat *kansainvälistymiskehityksen* johdosta soveltamaan uudenlaisia ylikansallisia oikeuslähteitä ja tekemään tämän vieläpä *perustuslaillistumiskehityksen* johdosta valtiosäännön aivan uudella lailla huomioiden. Kaiken lisäksi tuomioistuinten harteille on sälytetty yhä enemmän harkintavaltaa yhä lisääntyvien väljäsisältöisten yleislausekkeiden, avointen tunnusmerkistöjen, sovittelu- ja kohtuullistamismäärien ja ylipäänsä joustavien normien sekä periaatetyyppisten tavoite- ja puitesäännösten muodossa. Tämä harkintavalta ei kuitenkaan ole tuomareille uskottua henkilökohtaista ratkaisuvallaa, vaan sen käyttö olisi pyrittävä sitomaan mahdollisimman pitkälle juurikin yleisiin *oikeusperiaatteisiin*, mikä käytännössä ilmenee lisääntyneenä periaateargumentaationa tuomioistuinten ratkaisussa. Kaiken tämän seurauksena lainkäyttöön kohdistuu Virolaisen ja Martikaisen mukaan aivan uudenlaisia laatuvaatimuksia, joihin teokset pyrkivät siis vastaamaan nimenomaan tuomion perustelemisen osalta.⁶⁵⁸

Teosten nimenomaisina lähtökohtina ovat muun ohella sidotun ratkaisutoiminnan ja siihen perustuvan yhden ainoan oikean ratkaisun idean kestättömyys sekä Aarnion argumentaatioteorian regulatiivinen periaate, jonka mukaan ratkaisutoiminnassa pyritään lopputulokseen, jonka ”rationaalisesti harkitsevien oikeusyhteisön jäsenten enemmistö olisi valmis perusteluiden nojalla hyväksymään”⁶⁵⁹. Keskeiseen rooliin nousee ajatus eri suuntaan osoittavien oikeusperiaatteiden kollisiotilanteista sekä näiden ratkaisemisesta punninnan avulla. Kyse on useamman eri tulkintavaihtoehdon puolesta ja vastaan puhuvien näkökohtien tarkastelusta – *pro et contra* -

⁶⁵⁷ Teospari muodostaa kattavimman käytännöllisen kotimaisen kokonaisuuden tuomion perustelemisesta. Esim. korkeimman oikeuden ennakkopäätösetoriikkaa 1990- ja 2000-luvuilla tutkinut Mirjami Paso toteaa KKO:n siirtyneen 2000-luvulle tultaessa selvästi kohti *pro & contra* -tyyppistä ja siis dialogisempaa ja diskursiivisempaa argumentaatiota. Suurimpana erona 1990-luvun usein suoraviivaisesti eteneviin ratkaisuihin nähden oli nimenomaan lisääntyvä *contra*-argumenttien käsittely. (Paso 2009 s. 128, 138, 164 ja 187) Toisessa yhteydessä Paso tosin toteaa *pro et contra* -tyyppisen perustelumethodin uponneen hyvin niin tutkijakuntaan kuin oikeustieteen opiskelijoihinkin, mutta tuomarikunnan suhtautuvan asiaan varauksellisemmin (Paso 2011 s. 211–212). Uskoisin Pason viittaavan tässä ennen kaikkea alempiin oikeusasteisiin.

⁶⁵⁸ Virolainen–Martikainen 2003 s. 1–4. Ks. myös kirjan laaja historiallinen ja oikeusvertaileva katsaus, jossa luodaan ”pienten kertomusten” muodossa kuvaa siitä, miten nykytilanteeseen on meillä, ja muuallakin, tultu (s. 178–291). Teoksista ensimmäinen on laadittu tilanteessa, jossa Suomessa ei vielä ollut julkaistu yhtäkään tuomion perustelemista käsittelevää laajempaa kokonaisuusytystä. Teosten välinen työnjako on sellainen, että ensimmäisessä tarkastellaan perustelemisen ”yleisiä oppeja” ja jälkimmäisessä puolestaan perustelemista käytännössä. (s. 27) Vrt. Siltala 2011 s. 116, joka *Tuomion perusteleminen* -teosta koskevassa arviossaan katsoo kirjoittajien tukeutuvan perinteiseen sääntökeskeiseen oikeuskäsitykseen tuoreemman oikeusperiaatekeskeisen tarkastelutavan sijaan. Siltalakin katsoo sinällään oikeusperiaatesidonnaisen lähestymistavan tarjoavan toimivia työvälineitä perusteluvollisuuden analysoimiseen ja mieltää myös Virolaisen ja Martikaisen puoltaman idean *pro et contra* -argumentaatiosta itsessään vahvasti periaatesidonnaiseksi.

⁶⁵⁹ Virolainen–Martikainen 2003 s. 100–127, 141, 255 ja 292–295. Taustalla on edelleen Chaim Perelmanin lanseeraaman ja Suomessa siis etenkin Aulis Aarnion tarkemmin kehittelemän ns. *uuden retorikan* mukainen ajatus oikeudellisesta argumentaatiosta tiettyjä perusteita (oikeuslähteitä) hyväkseen käyttävänä prosessina, jossa kaikki tähtää vastapuolen (auditorion) vakuuttamiseen. Olennaisessa roolissa ovat myös Gunnar Bergholtzin väitöskirjassaan *Ratio et Auctoritas* (1987) esittämät teesit hyväksyttävistä perusteluista.

argumentaatiosta.⁶⁶⁰ Kyse on praktisesta argumentaatiomallista tai -tyylistä, joka osoittaa miten niin sääntö- kuin periaatetyyppiseenkin normiaineistoon perustuva ratkaisu voidaan perustella rationaalisesti. Vain tätä kautta on Virolaisen ja Martikaisen mukaan mahdollista niin sanotuissa kiperissä tulkintatilanteissa taata perustelujen seikkaperäisyys ja avoimuus.⁶⁶¹

Periaatteet ovat nousseet useasti esiin jo edellä käsiteltyjen niin kriminaalipoliittisen suuntauksen kuin yleisten oppien varaan rakentuvaa systematiikkaa painottavankin suuntauksen yhteydessä. Esimerkiksi Pirjatanniemen väitöskirjassa rikosoikeudellinen laillisuus- ja syyllisyysperiaate toimivat suodattimina, joiden avulla preventiota tavoittelevat kriminaalipoliittiset viestit saadaan suodatettua rikosoikeuden identiteettiin soveltuviksi ja joiden kautta Pirjatanniemi siis etsii tasapainoa yhtäältä oikeusvaltiollisuuden ja toisaalta ekologisuuden välillä⁶⁶². Periaatteet ovatkin oiva keino kanavoida kriminaalipoliittisen päätöksenteon kautta syntyneitä arvo- ja tavoiteratkaisuja osaksi juridiikkaa. Esimerkiksi Hirvonen löytää juuri rikosoikeuden periaatteista sellaisia eettisiä ja poliittisia elementtejä sisältäviä rikosoikeudellisen ajattelun perustuksia, joiden kautta ”abolitionistinen lainoppi” kykenisi vaikuttamaan rikosoikeuden sisällä. Ja rikosoikeus näin siis periaatteidensa kautta arvostelemaan rikosoikeudellista järjestelmää! Vastaavanlaisen ”kriittisen tulkintaopin perustan” Hirvonen löytää myös perus- ja ihmisoikeuksista.⁶⁶³ Korkan väitöskirjassaan harjoittama ”systematisoimalla tulkitseva lainoppi” perustuu kahden oikeusperiaatteen muodostaman vastinparin varaan rakennettuun ”tulkintasysteemiin”⁶⁶⁴. Ajallista pysyvyyttä ylläpitävien rikosoikeudellisten periaatteiden (ja myös käsitteiden) tutkimisen tärkeydestä ennen kaikkea systematisoinnin kannalta on puhunut myös Nuotio, joka näyttäisi ymmärtävän periaatteet tältä osin juuri ajallista pysyvyyttä omaaviksi arvoiksi ja tavoitteiksi. Nuotio hahmottaa tällaiseen rikosoikeuden syvärakenteeseen kohdistuvan tutkimuksen eräänlaiseksi vastavoimaksi sille paineelle, jota kriminaalipoliittisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien vahvistuminen 1960- ja 1970-luvuilta alkaen on aiheuttanut. Nuotio ilmoittaa omaksi tavoitteekseen löytää perusta rikosoikeuden järjestelmän systematisoinnille luopumatta oikeudenalaa karakterisoivasta arvoperinteestä. Kyse on teoreettiseen systeeminmuodostukseen tähtäävästä perustutkimuksesta, jonka avulla myös rikoslainkäyttöä voidaan palvella sisällöllisesti joutumatta kuitenkaan korostamaan yksipuolisesti lainopin ongelmanratkaisufunktiota – ylimalkaan jonkin ratkaisun löytämistä käytännön tilanteisiin.⁶⁶⁵

⁶⁶⁰ Virolainen–Martikainen 2003 s. 134–139. Tältä osin puhutaan Robert Alexyn ns. punnintalaista, jota Suomessa ovat kehittäneet etenkin Juha Pöyhönen ja Jaakko Jonkka väitöskirjoissaan. Lisäksi Virolainen ja Martikainen nostavat esiin Strömbergin arviointimetodin ja Peczenikin dialogimetodin, joita katsovat kaikkia voitavan kuvata yleisnimekkeellä *pro et contra* (s. 141). Ks. myös Virolainen–Martikainen 2010 s. 60–63, jossa *pro et contra* -argumentoinnista puhutaan myös ”*kaksipuolisuena*” perustelemisena erotuksena ”*yksipuoliseen*” perustelemiseen – siis useamman kuin yhden näkökulman tai vaihtoehdon huomioimisesta ja keskinäisestä vertailusta. *Yksipuolisuus* liittyy selvästi ajatukseen oikeudellisesta ratkaisusta jonkinlaisen loogis-syllogistisen ajattelun tuottamana ainoana oikeana tuloksena. *Kaksi-* tai ehkä paremminkin *monipuolisuus* kiinnittyy sen sijaan argumentaatioteoreettiseen ajatukseen oikeudellisesta ratkaisusta pikemminkin ”parhaana mahdollisena” tai ”mahdollisimman hyvin perusteltuna”. (s. 15–24)

⁶⁶¹ Virolainen–Martikainen 2003 s. 122–123, 141 ja 296. Oikeudellisesti yksinkertaisissa ratkaisutilanteissa *pro et contra* -metodia ei sen sijaan ole Virolaisen ja Martikasen mukaan tarpeen käyttää.

⁶⁶² Pirjatanniemi 2005 s. 168 ja 369–370.

⁶⁶³ Hirvonen 1994 s. 102–108 ja 113. Samaan tapaan Minkkinen 1992 erit. s. 726–730 nojautuu ultima ratio -periaatteeseen pyrkiesään rakentamaan rikosoikeustieteen sisäistä kriittistä näkökulmaa. Myös Minkkinen viittaa rikosoikeuden etiikalla nimenomaan rikosoikeuden keskeisiin periaatteita koskevaan diskurssiin (s. 727 alav. 23).

⁶⁶⁴ Korkka 2015 s. 75–76.

⁶⁶⁵ Nuotio 1994b erit. s. 121 ja 124–128. Ks. myös Nuotio 1998 s. 88 ja 107–108, jossa Nuotio puhuu François Ewaldiin viitaten oikeusperiaatteista jatkuvuutta ja stabiileutta takaavana oikeuden ”*longue durée*na”.

Totuttuun tapaan myös periaatteiden avulla ajattelu voidaan jakaa karkeasti vaikkapa kolmeen muotoon:

1) Ensinnäkin periaatteiden avulla voi pyrkiä jäsentämään yksittäisiä oikeussäännöksiä koskevia tulkintaongelmia, joko vain erilaisia tavoitteita ja arvoja kanavoivia periaatteita jäsentämällä (kuten Lappi-Seppälä väitöskirjassaan) tai lisäksi eri periaatteiden välisiä punnintamalleja kehittämällä (kuten Jonkka ja myös Korkka omissa väitöskirjoissaan)⁶⁶⁶.

2) Periaatteiden avulla on myös mahdollista jäsentää oikeudellista ajattelua laajemminkin siten, että niiden avulla pyritään sääntökeskeisyydestä ja subsumtiologiikasta siirtymään joustavampaan ja avoimempaan ajatteluun, joka yhä edelleen kuitenkin säilyy luonteeltaan paitsi tietoisena myös oikeudellisena – ainakin jos siis haluaa pitää kulloinkin ajattelun perustaksi valittuja periaatteita oikeudellisina (esim. Kavoniuksen väitöskirja). Tällaista joustavaa ajattelumallia voi yleisellä tasolla soveltaa vaikkapa oikeudelliseen ratkaisuteoriaan (kuten Virolainen, Martikainen ja myös Huovila mainituissa teoksissaan) tai vaikkapa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen perusteisiin (kuten Dan Frände väitöskirjassaan⁶⁶⁷).⁶⁶⁸

3) Lisäksi omia tutkimustuloksia voi pukea periaatteiden (taikka peukalosääntöjen, suuntaviivojen, teesien ynnä muun vastaavan) muotoon (kuten tekevät vaikkapa Huovila ja Helenius väitöskirjoissaan).

Halusipa periaatteilla ajatella miten vain, näyttää niillä operoimiseen liittyvän aina eräänlainen joustavuus, *sekä-että*-luontoinen punnintatyypisyys, keskustelevalle argumentatiivisuus – ja ylipäänsä epämääräisyys. Ainakin siis jos asiaa katsotaan muodollis-loogisemman sääntölähtöisen ajattelun näkökulmasta⁶⁶⁹!

⁶⁶⁶ Myös esim. Helenius 2014 s. 12–13 painottaa oikeuden pintatason säännösten ohella periaatteita, jotka Heleniuksen oikeusvertailevan työn kannalta olennaisella tavalla avaavat näkökulman kansallisia oikeusjärjestelmiä laajemmalle.

⁶⁶⁷ Fränden väitöskirjan *Den straffrättsliga legalitetsprincipen* (1989) tutkimuskohteena on rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja keskeisimpänä väittämänä paitsi se, että periaate on osa suomalaista rikosoikeusjärjestelmää myös se, että se koostuu neljästä aläsäännöstä (s. 4). Tutkimuksen keskeisimpänä tavoitteena on identifioida ne ”peukalosäännöt” tai argumentaatiomallit, jotka lopulta perustelvat laillisuusperiaatteen aläsääntöineen (s. 69). Sääntö/periaate -jaottelu muodostaa tässä mielessä olennaisen teoreettisen taustan myös Fränden tutkimukselle. Frände itse tosin puhuu periaatteiden (principer) sijaan peukalosäännöistä (tumregler), joiden ero sääntöihin on siis siinä, että ns. deonttinen operaattori on heikompi (ei ”skall” tai ”fär inte”, vaan ainoastaan ”bör” tai ”bör inte”). (s. 46–52) Valistusajattelijoiden aatehistoriallisen tarkastelun kautta Frände erottaa kolme itsenäistä argumentointimallia, joiden varassa laillisuusperiaatteen läpimurto rikosoikeuden saralla noin 200 vuotta sitten on perusteltavissa: 1) centraliska modellen, 2) preventionsmodellen ja 3) trygghetsmodellen (s. 117–119 ja 128). Fränden näkemyksen mukaan näistä vain jälkimmäisin (ja sekin nimenomaan objektiivisen ennustettavuuden muodossa) kykenee perustelemaan nykypäivän rikosoikeudessa laillisuusperiaatteen kaikkien laillisuusperiaatteen neljän osaperiaatteen kohdalla (s. 160, 169 ja 214). Koko tutkimuksen metodina on siis lopulta peukalosääntöjen identifiointi ja muotoileminen (Backman 1992 s. 394). Esim. Klami 1989 s. 406–409 puhuu suoranaisesta ”Fränden alexylaisesta periaatemenetelmästä” ja vastaväittäjä Erikssonin 1989 s. 63 toteaa Fränden osallistuvan teoksellaan sääntö/periaate -keskusteluun – joskin varsin omalaatuisella tavalla. Nähdäkseni periaatteita koskeva keskustelu on kuitenkin huomattavasti vahvemmin esillä vaikkapa Lappi-Seppälän ja myös Pöyhösen aiemmissa väitöskirjoissa, jotka myös Eriksson mainitsee muina nuorina kotimaisina aiheista kiinnostuneina puheenvuoroina.

⁶⁶⁸ Eräänlaisena uutena periaatteilla ajattelun kotimaisena sovelluksena voidaan mainita Siltala 2019, jossa rakennetaan jonkinlaista oikeudellisen päättelyn (tai ylipäänsä ajattelun) kaksijakoista mallia erotellen päättelyn ainesosina oikeusnormit ja oikeudelliset konstruktiot. Ennen kaikkea monella tapaa hahmotelman asteelle jäävä teksti perustuu oikeudellisten konstruktioiden analyysiin, jossa Siltala itsekin toteaa seurailevansa monessa kohdin Dworkinin teoriaa oikeusperiaatteista (s. 265 alav. 25). Siltala esim. lukee periaatteet nimenomaisesti juuri konstruktioihin (s. 255–256 ja 271–273).

⁶⁶⁹ Tällaisesta näkökulmasta ks. esim. Syrjänen 2008 s. 73–74, joka havaitsee eurooppalaisten yhteiskuntien nykykehityksessä monenlaisia ”vallanjakoiden rapautumisen merkkejä”, jollaisina Syrjänen mainitsee mm. oikeusperiaatteiden ja myös perusoikeuksien tulon osaksi juridista harkintaa. Tällä Syrjänen ei toki missään tapauksessa tarkoita yksinomaan jotain negatiivista, vaan ymmärtääkseni lähinnä vain yhteiskunnalliselle muutokselle ominaista kehityskulkua. Montesquieuolaisen vallan kolmijako-opin alkuperaisieiden kansalaisten turvaamisesta keskitettyä valtiovaltaa (ja suoranaista absoluuttista yksinvaltiutta) vastaan nimenomaan lain avulla ei Syrjäsen mukaan yksinkertaisesti enää vastaa nyky-yhteiskunnan tarpeita ja ongelmia. Oikeusturvan tarvetta ei enää voi ajatella tyydytettävän vain lakeja soveltamalla. Oikeusturvallakin on paitsi

Mirjami Paso kritisoi korkeimman oikeuden ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkopäätösretoriikkaa koskevassa vuoden 2009 väitöskirjassaan ylimalkaisten periaatteiden käyttämistä oikeudellisessa argumentaatiossa ilman, että yksilöitäisiin tarkasti, mitä periaatteilla itse asiassa (ei siis vain yleisesti vaan myös vieläpä juuri käsillä olevassa yksittäistapauksessa) tarkalleen ottaen tarkoitetaan. Paso huomauttaa, että näin toimittaessa yleviin ja hyviin (– tätähän periaatteet tyypillisesti ovat! –) periaatteisiin vetoaminen jää helposti sisällöttömäksi *ethos*- ja *pathos*-argumentaatioksi. Erityisen tyypilliseksi Paso katsoo tällaisen EY-TI:n argumentaatiossa, jossa käytetyt periaatteet liikkuvat Pason mielestä yleisyytensä osalta vielä aivan eri tasolla kuin ratkaisuissa esiintyvät yksityiskohtaiset väitteet, ja periaatteiden ja väitteiden yhteys jää tätä kautta löyhäksi ja informaatioarvo ohueksi. Vaarana on Pason mukaan se, että kivoista ja hyvistä periaatteista puhuva henkilö saa myös oman luonteensa näyttämään hyvältä ja samalla virallisen ideologian mukaiset merkitykset kuljetetaan eteenpäin esittämällä asioita totuudenkaltaisina selviöinä. Paso peräänkuuluttaakin huomattavasti analyyttisempää otetta periaateargumentaatioon.⁶⁷⁰

Periaateargumentaatiolta voi tietysti Pason tavoin vaatia täsmällisyyttä ja analyyttisyyttä, mutta tällöin on hyvä pitää mielessä, että juuri epätäsmällisyys ja tavallaan myös tietty epäanalyyttisyys on periaateajattelun sisäänkirjoitettu ominaisuus. Nähdäkseni kyse on lopulta – jälleen kerran – näkökulma- ja painotuseroista. Yhdelle riittää vähempi täsmällisyys kuin toiselle. Osa näkee oikeudenmukaisuuden enemmänkin muotona kuin sisältönä – ja osa päinvastoin.

Pathokselliset painotuserot johtavat meidät esitykseni viimeiseen käsittelyn kohteeksi valitsemani rikosoikeusajattelun muotisuuntaukseen, jota voi pitää periaateajattelun eräänlaisena alalajina⁶⁷¹. Kyse on perus- ja ihmisoikeuksista, joiden osalta monet

muodollinen myös *sisällöllinen* merkitys, joiden välillä joudutaan hakemaan tasapainoa. Esimerkiksi perus- ja ihmisoikeuksien sekä oikeusperiaatteiden roolin kasvu myös tuomioistuimissa on Syrjäselälle sinällään mitä tervetullein oikeudellinen ilmiö. (s. 77–81, 86–88 ja 93–94) Ks. myös vaikkapa Nuotio 1998 s. 33, joka huomauttaa oikeusperiaatteilla argumentoimisen siinä määrin sisällölliseksi sekä periaatteiden painoon ja hyväksyttävyyteen nojaavaksi, ettei oikeusperiaatteet huomioon otavassa tarkastelussa voi tehdä tarkkaa eroa de lege lata ja de lege ferenda -tutkimuksen välillä. Oikeuden "tila" ei ole täsmällisesti määriteltävissä.

⁶⁷⁰ Paso 2009 s. 271–279. Paso korostaa, että niin periaatteiden sisällön määrittely kuin niiden väliset valinnatkin ovat viime kädessä arvottomiskysymyksiä (s. 298–299). Sinällään Paso yrittää tutkimuksessaan pysytellä periaatepunninnan kaltaisten normatiivisten ja sisällöllisten seikkojen ulkopuolella keskittyen nimenomaisesti vain retoriseen analyysiin (erit. s. 283). Näiden tarkka erottaminen on tietysti veteen piirretty viiva...

⁶⁷¹ Esim. Scheinin 1991 s. 30 huomauttaa niin Ronald Dworkinin kuin Robert Alexynkin tarkastelleen sääntö/periaate -erottelun muodostamista oikeusteoreettisista lähtökohdista juuri valtiosääntöoikeudellisia (tai ehkä vielä tarkemmin *perusoikeudellisia*) ongelmia. Todettakoon, että Scheinin itse korostaa perusoikeussäännösten ja ihmisoikeusartiklojen ilmaisevan niin periaatteen kuin säännönkin luonteisia normeja. Vaikka ne sinällään on muotoiltu varsin yleisinä, voidaan niistä Scheininin mukaan silti lukea tai johtaa myös täsmällisiä sääntöjä. (s. 29–39 sekä myös Scheinin 2011 s. 824–826) Samoin Viljanen 2001 s. 132–133, joka huomauttaa, ettei ehdottomiksi kielloiksi muotoiltujen perusoikeussäännösten kohdalla (tai liikuttaessa perusoikeuden ns. ydinalueella) voi olla kyse punninnasta. Esim. kiduttaa ei yksinkertaisesti vain saa. Tässä kohdin on toki hyvä huomata, ettei se mitä "kiduttaminen" merkitsee tietyistäkin ole mikään muuttumaton tai välttämättä edes kovin tarkkarajainen totuus. Vielä vähemmän tätä on vaikkapa "muun ihmisarvoa loukkaavan kohtelun" (PL 7.2 §) merkityssisältö. (Ihmisi)Arvonsa tuntukselle yksi jos toinen menettely loukkaa hänen ihmisarvoaan. Vrt. kuitenkin esim. Viljanen 2001 s. 317 ja myös PeVM 25/1994 s. 4–5, jossa näitä pidetään esimerkkinä "täsmällisiksi kijoitetuista" perusoikeussäännöksistä. Uskaltaudun tässä kohdin asettua demokraattisesti (joskin toki jo monta vuotta sitten) valittua perustuslakivaliokuntaa vastaan: "*ihmisarvoa loukkaava kohtelu*" ei kerta kaikkiaan ole kovinkaan täsmällinen ilmaus (– riippuen tietysti lopulta mihin sitä vertaa...). Uskaltaudun siis jo nyt tielle, jota esim. Lavapuro 2010 s. 253 luonnehtii ihmisoikeusajattelun kulmakiven kyseenalaistamiseksi, jolla hänen mukaansa olisi dramaattisia seurauksia niin poliittiselle identiteetillämme kuin koko oikeusjärjestyksellekin. Uskaltaudun luudentamaan ehdottamaan perusoikeuteen kirjatun ihmisarvoisuuden tulkinvaraiseksi käsitteeksi. Muuta en kuitenkaan voi, sillä juuri sitä se on! Lukija voi itse koittaa vetää rajan siihen, mikä on "ihmisarvoista" ja mikä ei: toisen surmaaminen, toisen sulkeminen keskeytysleirille, toisen elämäntavan luonnehtiminen syntiseksi, toisen (saati syntymättömän toisen) elintoimintojen lopettamisessa avustaminen, toisen velvoittaminen asepalvelukseen tai ylipäänsä koulutukseen, toisen elämäntavan luonnehtiminen suvaitsemattomaksi, toisen ruumiin kaivaminen haudasta jne. jne. Tämän jälkeen lukija voi leikitellä hypoteettisella ajatuskokeella siitä, mahtaako jokainen muu lukija (saati kirjoittaja!) vetää rajat tismalleen samoihin kohtiin. Perus- ja ihmisoikeuksien "ehdottomuudesta" tai vaikka "pyhyydestä" pauhaaminen asettuu uskoakseni mittasuhteisiinsa, kun tällaista väliä harrastaa. (Joka ei halua turvautua hypoteeseihin voi lukea esim. Hurrin 2014 s. 208–210 esityksen eri tavoista ymmärtää *epäinhimillinen kohtelu* ("inhuman treatment") – ja käyttää tätä omien asioidensa ajamiseen.) *Ehdoton ihmisarvo* on

edellä mainituista periaatteilla ajattelemista koskevista huomioista lähinnä korostuvat. Sillä mikä olisikaan ihanampaa kuin perus- ja ihmisoikeudet?

2.2.4 Perus- ja ihmisoikeudet, ja niillä ajattelevinen

2.2.4.1 Yleistä

Eero Backman toteaa kullakin yhteiskuntajärjestelmällä olevan sille ominainen ”luonnonoikeutensa”, millä hän viittaa siihen osaan oikeutta, josta yksimielinenkään lainsäädäntöprosessi ei saa poiketa. Kyse on siis tietystä oikeusjärjestelmän sisältämästä itseisarvoisesta – ”pyhästä” – ja ennen kaikkea siis positiivisuuden, säädännäisyyden, ulkopuolisesta aineksesta. Tämän ei tietystikään tarvitse merkitä samaa kuin mitä vaikkapa 1600- tai 1700-lukujen rationalistinen tai sitä aiempi teologinen luonnonoikeus. Backmanin (vuodelta 1992 peräisin olevan) kannan mukaan luonnonoikeuden eräänlainen vähimmäismäärä muodostuu lähinnä kansainvälisen oikeuden pakottavista säännöistä (*ius cogens*) ja ilmenee orjuuden kieltämisenä sekä yksilöllisten ja myös kollektiivisten subjektien perustavaa laatua olevien oikeuksien tunnustamisena.⁶⁷² 2020-luvun suomalaiselle oikeudelle aivan keskeisimmät ja ”pyhimmat” lähtökohdat on epäilemättä kirjattu perustuslakiin sekä ihmisoikeusvelvoitteisiin. Perustuslain muuttamiseen on toki olemassa keinonsa, mutta pelkkä ajatus vaikkapa ”orjuuden sallimisesta perustuslain säätämisyjärjestyksessä” on uskoakseni suomen kieltä ymmärtävälle ja 2020-luvulla elävälle lukijalleni jo itsessään monessakin mielessä älytön. Orjuuden hyväksyminen edellyttäisi koko perusoikeusjärjestelmämme perustavanlaatuisia muuttamista ja kansainvälisistä ihmisoikeusvelvoitteista irrottautumista. Tältä osin nousee kysymykseksi, miten vaikkapa ihmisten ”luonnollisen” arvon ja ”luovuttamattomien” oikeuksien ”yleismaailmallisesta” julistuksesta⁶⁷³ edes irrottaudutaan?

Perus- ja ihmisoikeuksista keskustelemiseen liittyy sama perustavanlaatuinen ongelma, joka leimaa kaikkea oikeudellista keskustelua; positiivisen säädännäisen oikeuden sekä *jonkin* sen ulkopuolisen välisen rajanvedon vaikeus. Perus- ja ihmisoikeudet ilmenevät perustuslain pykälistä ja ihmisoikeusinstrumenttien artikloista – aivan samoin kuin vaikkapa tahallisuus tai tuottamus RL 3 luvusta. Jokainen kyseiset säännökset lukemaan vaivautunut ymmärtää, ettei tältä pohjalta vielä päästä kovinkaan pitkälle – tulla niin sanotusti ”hullua hurskaammaksi”. Yksikään aito oikeudellinen ongelma ei ratkea lukemalla pelkkiä perus- ja

yksi perustavanlaatuisimmista ideaaleistamme. Se, mitä se tarkoittaa, on mitä vaikein kysymys. Ja totta kai vaikkapa Lavapuro tietää itsekin, että ihmisarvon loukkaamattomuudesta on erilaisia tulkintoja (Lavapuro 2010 s. 264–265). Ja totta kai jo moni muikin on lähtenyt tätä tulkinnanvaraisuutta pohtimaan. Ks. esim. Niemi 2019a s. 135–137, joka toteaa, ettei ihmisarvon käsitteen käytön yleinen hyväksyntä ole johtanut yksimielisyyteen siitä, miten ihmisarvo käsitetään – ja varmaankin hyvä niin, koska tätä kautta ihmisarvo kykenee säilyttämään dynaamisen ja muutoksen mahdollistavan elementin! Ihmisarvon erilaisista käsitystavoista ks. vielä vaikkapa Scheinin 1998 s. 59, joka puhuu ihmisarvon loukkaamattomuudesta ”valtiösäädöperiaatteena”, Jyränki 2003 s. 33–34, jolle se on ”oikeuden avainkäsite”, Melander 2008b s. 184–186 ja 192–193, jolle se on nimenomainen ”perus- ja ihmisoikeus” sekä Kettunen 2015 s. 81, joka katsoo sen kaikkien perustavanlaatuisten ihmisoikeuksien perustaksi.

⁶⁷² Backman 1992 s. 106. Backman ymmärtää *modernin* luonnonoikeuden siis yhteiskunnallisena arvoperustana, jota positiivisen oikeusjärjestyksen on riittävässä määrin vastattava. Backmanin käsityksestä tarkemmin ks. Backman 2003. Esim. Rentto 1990 s. 165 kiteyttää ymmärtääkseni saman asian: ”Missä ennen käytiin sotia Jumalan nimessä, siinä tänä päivänä taistellaan Demokratian ja Ilmaisuvapauden varjolla.” Ks. edelleen Hirvonen 2019 s. 159 ja 164, joka puhuu ihmisoikeuksien aikakaudesta, jolla ihmisoikeuksilla on niin poliittinen, oikeudellinen kuin moraalinenkin hegemonia. Niistä on tullut viimeinen (tai kai pikemminkin *viimeisin*) universaali utopia marxilaisten vallankumousidealien hiivuttua.

⁶⁷³ Ks. YK:n ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen (1948) johdanto. Ks. myös HE 309/1993 s. 42, jossa todetaan ”ihmisarvon loukkaamattomuutta ja yksilön vapautta ja oikeuksia” turvaavan silloisen HM 1 §:n kohdalla ainakin kaikkein perustavimpia ihmisyksilön oikeuksia voitavan pitää ”perimmältään valtion tahdosta ja myös kulloisestakin oikeusjärjestyksestä riippumattomina”.

ihmisoikeussäännöksiä⁶⁷⁴. Pelkkä viittaaminen vaikkapa perustuslakivaliokunnan käytäntöön tai ihmisoikeusinstanssien ratkaisuihin ei sekään vielä itsessään ratkaise ongelmia. Ottaen huomioon aineiston valtava määrä ja myös laadullinen varianssi, voi monissa tilanteissa olla niin, että ongelmia tulee sen sijaan peräti lisää. Perus- ja ihmisoikeudet edellyttävät tulkintaa siinä missä mikä tahansa kielellisesti muotoiltu oikeusnormi⁶⁷⁵. Itse asiassa ylimalkaisesta luonteestaan johtuen ne edellyttävät tätä vielä huomattavasti enemmän kuin monet muut normit⁶⁷⁶. Kuten Markku Helin huomauttaa: ”Se, mitä perusoikeusmyllystä tulee ulos, kun jauhaminen loppuu, riippuu suuresti mylläristä.”⁶⁷⁷

Oikeusperiaatteiden osalta lähdettiin edellä liikkeelle siitä hieman hullunkurisestakin viehätuksesta, jota ne ovat etenkin 2000-luvun taitteen juridiikassa nauttineet. Tämä on vielä pientä verrattuna siihen, millaisella innolla perus- ja ihmisoikeudet on ”länsimaaisessa, modernissa ja sivistyneessä” (ja vaikka missä kaikessa hienossa) oikeusajattelussa otettu vastaan. Aiheen herkkyyden johdosta lienee syytä tuoda heti alusta lähtien suoraa ilmi seuraavan esitykseni sanoma:

Perus- ja ihmisoikeudet merkitsevät niin kotimaisen lainsäätäjän kuin kansainvälistenkin päätöksentekoinstanssien hyväksymiä ja kerta toisensa jälkeen painottamia perustavanlaatuisia normeja joille kukaan edes jossain määrin säädännäiseen oikeuteen uskova juristi ei voi ummistaa nykymaailmassa silmiään. Kyseistä erityistä institutionaaliseen auktoriteettiin nojaavaa painoarvoaan lukuun ottamatta ne ovat epätasällisyytensä – ja ylipäätään *periaateluontoisuutensa* – johdosta pitkälti samojen mahdollisuuksien ja vaarojen alaisia kuin edellä käsitellyt oikeusperiaatteetkin⁶⁷⁸. Se, että perus- ja ihmisoikeuksien täsmäntäminen on

⁶⁷⁴ Kysymyksen ”ovatko ihmiset yhdenvertaisia Suomen perustuslain mukaan?” voidaan toki ajatella ratkeavan pelkän PL 6.1 §:n perusteella. Oma kysymyksensä on se, voiko tällaista notorista asiaa edes pitää oikeudellisenä *ongelmana*. Kysymykset vaikkapa siitä, ”mitä on oikeudellinen yhdenvertaisuus” tai ”kohdeltiinko henkilöitä X ja Y yhdenvertaisesti” eivät sen sijaan ratkea yksinomaan PL 6.1 §:ää tuijottamalla. Yhdenvertaisuudesta ks. vaikkapa jo Hart 1961/1992 s. 155; ”...though ‘Treat like cases alike and different cases differently’ is a central element in the idea of justice, it is by itself incomplete and, until supplemented, cannot afford any determinate guide to conduct. This is so because any set of human beings will resemble each other in some respects and differ from each other in others and, until it is established what resemblance and differences are relevant, ‘Treat like cases alike’ must remain an empty form. To fill it we must know when, for the purposes in hand, cases are to be regarded as alike and what differences are relevant.” Ks. myös s. 12–13, jossa Hart viittaa perustuslaillista epätasällisyyttä käsitellessään J. D. Marchin paljon puhuvaan tiivistelmään Yhdysvaltain perustuslain 5. ja 14. lisäyksen merkityssisällöstä: ”no w shall be x or y without z where w, x, y, and z can assume any values within a wide range”...

⁶⁷⁵ Esim. Siltala 2003 s. 571 toteaa perustuslain käsittämän yleisen perusoikeusjärjestelmän ja yksittäisten oikeudellisten tulkintakannanottojen väliin jäävän aina joukko välittäviä tekijöitä teoreettisen lainopin omaksuman oikeudellisen käsitesystematiikan sekä tulkintalainopin omaksumien yleisten ratkaisustandardien muodostaman kokonaisuuden merkityksessä, joita ilman yksittäisten perusoikeuksien normatiivinen vaikutus ei voisi ulottua tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien yksittäisiin soveltamisratkaisuihin asti.

⁶⁷⁶ Esim. Nuotio 2000 s. 24 toteaa perusoikeusaineksen siinä määrin yleisluontoiseksi ja moniaineksiseksi, että perusoikeusjärjestelmän täysin objektiivinen, tulkinnoista ja systematisoinnista riippumaton selitysvaima on suhteellisen vähäinen. Hyttinen 2015 s. 221 luonnehtii esim. EIS:n yksilön oikeuksien sanamuotoihin viittaamisen olevan ylipäänsä ”pikemminkin retorista kuin aito ihmisoikeudellinen laintulkinnan metodi”. Kyse on tietysti kahdesta rikosoikeuden näkökulmasta esitetystä kannasta perus- ja ihmisoikeuksien täsmällisyyteen. Myös epätasällisempään siviilioikeudelliseen sääntelyyn totuttu Wilhelmsson 2003 s. 48–49 pelkää perusoikeuskeskustelun muodostuvan uudeksi juridiseksi tekniikaksi – eliittikieliksi –, jossa mestarivat perusoikeusasiantuntijat ja joka näin vähentää juridisen keskustelun avoimuutta. Ottaen huomioon siihenastisen kotimaisen perusoikeuskeskustelun, pitää Wilhelmsson riskiä varteenotettavana. Wilhelmssonin itsensä mukaan perusoikeudet tulisi säilyttää pelkinä ”juridisina portteina” avoimempaan arvokeskusteluun, jonka ymmärtäminen on mahdollista ilman tiettyä erityistietämystäkin.

⁶⁷⁷ Helin 2012 s. 18, joka tässä kohdin kantaa huolta siis nimenomaan väljein normein ilmaistujen perusoikeuksien kautta päättelyn huonosta kontrolloitavuudesta.

⁶⁷⁸ Ei ole sattumaa, että esim. Kavonius 2003 painottaa omassa periaatteita ylistävässä tutkimuksessaan monessa kohdin juuri perus- ja ihmisoikeuksia. Kavonius toteaa oikeusperiaateajattelulla olleen ja olevan edelleenkin keskeinen rooli perustavien ihmis- ja perusoikeuksien ajamisessa voimakkaasti sisään oikeuteen samalla kuitenkin esim. lainsäädännön yksityiskohtia radikaalisti muuttamatta. Kyse on siitä, että jo olemassa oleva lainsäädäntö voidaan tulkita perus- ja ihmisoikeusmyönteisen systematisoinnin kautta. (s. 417–418). Ks. myös Kavoniuksen *lectio praecursoria*, jossa juuri perus- ja ihmisoikeusperiaatteet nousivat esille tapana ”ottaa oikeudet vakavasti” (– siis jo Dworkinin esittämää ilmaisua käyttäen) (Kavonius 2004). Vrt. Eriksson 2003 s. 22–24, joka korostaa perus- ja ihmisoikeuksien pitävän sisällään niin *sääntöjä*, *periaatteita* kuin *politiikkajakin*.

(tavallisista oikeusperiaatteista poiketen) nimenomaisesti uskottu ennen kaikkea Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tai perustuslakivaliokunnan kaltaisten toimijoiden harteille, ei ole ollut omiaan hälventämään perus- ja ihmisoikeuksiin liittyviä tulkinnanvaraisuuksia. Ottaen huomioon ajatus esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ”elävänä tekstinä” tai perusoikeuksista koko lainsäädännön läpäisevinä normeina olisikin muu suorastaan kummallista. Valitettavasti olennaisin ero yhtäältä perus- ja ihmisoikeuksien ja toisaalta ”perinteisten” oikeusperiaatteiden välillä näyttäisikin olevan se, että siinä, missä pää pysyy monella vielä suhteellisen kylmänä *pacta sunt servanda* -periaatteesta, tekorikosoikeuden periaatteesta, ehkä jopa laillisuus- ja syyllisyysperiaatteistakin puhuttaessa, ei tämä yksinkertaisesti tunnu onnistuvan siinä vaiheessa, kun pöydällä ovat perus- ja ihmisoikeudet. Tässä tutkimuksessa on omaksuttu perus- ja ihmisoikeuksiin *skeptinen* suhtautumistapa – aivan kuten kaikkiin muihinkin jo edellä käsiteltyihin rikosoikeusajattelun trendeihin. En näe mitään lähtökohtaista syytä korottaa perus- ja ihmisoikeusajattelua vaikkapa muiden jo mainittujen rikosoikeutta koskevien ajattelutapojen yläpuolelle. Niillä on oma – ja tärkeä! – paikkansa modernissa suomalaisessa rikoslainopissa. Seuraava esitys toimii kaiken muun ohella konkretisointina siitä, mitä tämä nähdäkseni tarkoittaa.

Perus- ja ihmisoikeusajattelun kautta on mahdollista lähestyä ja käsitellä lukuisia vaikeita rikosoikeudellisia ongelmia – ja löytää niihin myös hyvinkin perusteltuja ratkaisuja. Aivan samoin kuin tämä on mahdollista kriminaalipoliittisesti orientoituneesti tai oikeusperiaatteellisesti, ja jopa systemaattisesti ja dogmaattisestikin ajatellen. Pahinta mitä perus- ja ihmisoikeusajattelulle voi nykypäivänä tehdä on ottaa se jonkinlaisena autuaaksi tekevänä itsestäänselvyytenä, jota voi tyytyväisenä harrastella viitaten kintaalla muille (ja siis vaikkapa juuri edellä käsitellyille) rikosoikeudellisen ajattelemisen tavoille. Tuomas Ojasen huomauttamalla tavalla yhtä typerää on tietysti sivuuttaa perus- ja ihmisoikeudet pelkkien mahdollisten negatiivisten ennakoasenteiden johdosta ilman, että niihin edes tutustuisi ⁶⁷⁹. Ristin kuitenkin ensimmäisen typeryyden nykypäivänä jälkimmäistä ”pahemmaksi” sillä perusteella, ettei perus- ja ihmisoikeuksiin tutustumattomuus nykymaailmassa liene enää kovin realistinen vaihtoehto. Joka tapauksessa yritän pysytellä tutkimuksessani loitolla molemmista typeryksistä. Ja tämänhetkisen aihepiiriä koskevan keskusteluilmapiiirin

Nimenomaan näistä viimeiset tekevät ne vain sääntöjen ja periaatteiden kanssa tuomarinäkökulmasta työskentelyyn tottuneille juristeille vaikeiksi. Poliittikaluonteisina ja ennen kaikkea siis tavoitteita asettavina perusoikeuksina Eriksson nimeää PL 18.2 §:iin, 19.3 §:iin sekä 21.1–2 §:hin sisältyvät normit. Erikssonin keskeinen väite on se, että juridiikka on yksinkertaisesti muuttunut siten, ettei juridiikan ja politiikan välillä ole enää olemassa selvää rajaa (– aivan kuten selvää rajaa ei löydy myöskään juridiikan ja moraalien välillä). Oikeusjärjestelmä on siis vielä vähemmän autonominen kuin mitä se ehkä joskus aiemmin on ollut. Tämä edellyttää juristeilta uusia valmiuksia, joista keskeinen on juuri yksinomaisesta tulkintaan tähtäävästä tuomarinäkökulmasta irrottautuminen. (erit. s. 25 ja 28–31) Kotimaisen rikosoikeuden saralla esim. Nuutila 1996 s. 142 alav. 402 toteaa perusoikeuksien vaikuttavan juuri oikeusperiaatteen luontoisina normeina. Vrt. jo mainitut Scheinin 1991 s. 29–39, Scheinin 2011 s. 824–826 sekä myös Hyttinen 2015 s. 258 alav. 207 ja Viljanen 2001 s. 132–133 ja 317, joissa painotetaan, ettei perus- ja ihmisoikeuksia tule mieltää *yksinomaan* periaateluontoisina. Ks. vielä Norr 2019 s. 369–370, joka painottaa perusoikeuksiin liittyvän pitkälti samoja ongelmia kuin periaatteilla sekä vaikkapa *kohtuuden* tai *hyvän tavan* kaltaisilla ”epämääräisillä ja poliittisilla” käsitteillä argumentoimiseen. Norrille perusoikeudet tarjoavatkin ennen kaikkea väylän havainnollistaa joka tapauksessa moraalis-poliittisesti latautuneen sopimusoikeudellisen harkinnan arvostuksenvaraisia ulottuvuuksia ja tuoda samalla harkintaan mukaan ajannukaisuutta, monipuolisuutta ja läpinäkyvyyttä.

⁶⁷⁹ Ojanen 2014 s. 947–948. Todettakoon kuitenkin, ettei kovasti yrittämäni Ojasen peräänkuuluttama ”ennakkoluulon perehtyminen” perus- ja ihmisoikeuksiin ole saanut itseäni (ymmärtääkseni Ojasen toivomalla tavalla) vakuuttuneeksi perus- ja ihmisoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta saati kyvystä tuottaa oikeusvarmuutta rikosoikeuden saralla – ainakaan siis sen paremmin kuin lukuisat muut rikosoikeudellisen ajattelun tavat.

valossa olen katsonut perustelluksi nimittää suhtautumistapaani ”skeptiseksi”⁶⁸⁰.

Olennaista on se, ettei perus- ja ihmisoikeuksien kiistattoman painoarvon tunnustamisen vielä sinällään tarvitse merkitä, että ne *välttämättä* juurikaan vaikuttaisivat tapaan tehdä modernia rikoslainoppia. Kaikki riippuu siitä, mitä yhtäältä perus- ja ihmisoikeuksilla ja niiden kautta ajattelemisella sekä toisaalta rikoslainopilla tarkoitetaan! Juuri tätä yritän seuraavaksi konkretisoida.

2.2.4.2 Perus- ja ihmisoikeudet sekä ”valtiösääntöistynyt rikosoikeus”

Perus- ja ihmisoikeusajattelu on oikeusperiaateajattelun kaltainen koko kotimaisen oikeuden 1900- ja 2000-lukujen taitteessa läpäissyt megatrendi, jonka alkupiste tavataan asettaa Suomen liittymiseen Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja ennen kaikkea tämän ympärillä käytyyn keskusteluun⁶⁸¹. Ja keskustelua perus- ja

⁶⁸⁰ Eräänlaisena skeptismini vastakohtana voi pitää vaikkapa Pekka Lämsinevan 2011 s. 342–343 ajatusta ”perusoikeusliikkeestä”, jonka osalta keskeinen huoli liittyy siihen, mistä löydetäisiin jatkuvia dynaamisia virikkeitä ja ärsykeitä, jottei kerran aikaansaatu liike vain ”jämahäisi jonkinlaiselle turvalliselle ja ennakoitavalle mukavuusalueelle”. Lämsinevan ”liikkeessä” traditio on painolasti (s. 343) ja jonkinasteiset haksahdukset ja ylilyönit osa oppimisprosessia (s. 353). Lainsoveltamisorganeille Lämsineva suosittelee tulkinta-asenteena ”jonkinlaista kilvoittelevan ja kokeilevan perusoikeuskumppanuuden ideaa, jossa ei liian hienotunteisesti ja pilkuntarkasti pyritä kunnioittamaan ja vahtimaan eri toimielinten välisiä reviiirajoja” (s. 353–354). Todettakoon, että tämänkaltaisen ajatusmaailma lienee ylipäänsä varsin vieras rikosoikeudelle, jossa erinäisillä ”haksahduksilla” voi olla hyvinkin ikäviä seurauksia. Esim. Husa 2004 s. 105–106 kiteyttää pitkälti saman, mitä itsekin ajan takaa: erikoistuneilla oikeudenaloilla saatavaa olla omia sisäisiä tavoitteita ja arvoja, jotka eivät tule välttämättä lainkaan näkyviin kun ne konstitutionalisoidaan perusoikeuksista käsin. Tällöin voi päinvastoin käydä niin, että tavallisen lainsäädännön itsenäisemmät ja kehittyneemmät tavoitteet tausta-arvoineen voivat suorastaan kärsiä, kun normihierarkkiset perusteet nostetaan etualalle. Erilaisista ihmisoikeuksista ajattelemisen tavoista ks. esim. Dembour 2010 erit. s. 2–5 ja 11, joka erittelee abduktiivis-idealistisesti neljä erilaista ajattelutapaa: 1) luonnonoikeudellinen (natural school), joka ottaa ihmisoikeudet *annettuina*, 2) neuvotteleva koulu (deliberative school), joka katsoo niistä *sovitun*, 3) protestikoulu (protest school), joka katsoo niiden edestä *taisteltavan* sekä 4) diskurssikoulu (discourse school), joka katsoo niistä *puhuttavan*. Tunnnistan itseäni (kaiketi Dembourin itsensäkin tavoin (s. 20)) näistä jokaisessa, mutta kaikkein eniten viimeisessä, jota Dembour kutsuu myös nihilistiseksi käsitteeksi ihmisoikeuksista. Eritoten samaistun s. 6 ajatukseen ihmisoikeuksista positiivisena oikeutena muiden positiivisten oikeuden säännösten joukossa, joiden hyvyttä tai pahuutta on arvioitava muiden tavoin tilannekohtaisesti. Oma skeptismini perustuu normatiiviseen näkökulmaan. Ihmisoikeuksiin kohdistetun empiiris-yhteiskuntatieteellisen kritiikin (ja edelleen kritiikin kritiikin) osalta ks. esim. Langford 2018. Yhtäältä perus- ja ihmisoikeuskehtisistä kauhukabineiteista ja toisaalta kyseisiin oikeuksiin pohjatuista lupauksista ks. vielä Riekinen 2005.

⁶⁸¹ Esim. Melander 2016 s. 12–13 nostaa valtiösääntöoikeudellista näkökulmaa korostaneiksi rikosoikeudellisiiksi puheenvuoroiksi Nuutilan (1996), Tolvasen (1999) ja itsensä (2008) väitöskirjat sekä Lahden artikkelin *Perusoikeusudistus ja rikosoikeus* (1996). Valtiösääntöoikeudellisena puheenvuorona Melander mainitsee Veli-Pekka Viljasen väitöskirjan (2001). Ks. myös Melander 2008 s. 96–97 sekä Pirjatanniemi 2005 s. 179 ja Hyttinen 2015 s. 33, jotka yhdistävät perus- ja ihmisoikeuksien tulon suomalaisen rikosoikeuskeskusteluun ennen kaikkea Nuutilan väitöskirjaan. Ks. myös Lämsineva 2011 s. 340, joka nimeää juuri Nuutilan väitöskirjan jonkinlaiseksi käännekohdaksi ylipäänsäkin Turun oikeustieteelliseen tiedekuntaan yhdistämänsä ”perusoikeusliikkeen” kannalta. Lisäksi Melander 2016 s. 12 huomauttaa rikosoikeuden ja perusoikeuksien yhteyttä pyrityn hahmottamaan jo 1960- ja 1970-luvulta alkaen viitaten tältä osin Ellilän artikkeliin *Ihmisarvo ja yksilön vapauden turva* (1960), jonka myös esim. Lahti 2002 s. 1259 katsoo ennakoineen myöhempiä 1990-luvun kehitystä. En ole itse aivan varma, kannattaako Ellilän kirjoitusta rinnastaa 1990-luvulta alkaneseen ennen kaikkea ihmisoikeuksien ja niitä turvaavien säännösten instrumenttien ympärillä pyörineeseen keskusteluun. Ellilä korostaa tekstissään ajatusta kaiken rikosoikeuden ”kaksiteräisyydestä” ja usein päinvastaisista tehtävistä; yhtäältä sen on taisteltava rikosta vastaan, mutta toisaalta kunnioitettava inhimillisyyttä ja humanisuutta (Ellilä 1960 s. 512). 1990-luvun puheenparteen verrattuna ajatuksen voi kääntää yhtäältä rikostunnusmerkistöjen tarkoittamien oikeushyvien suojelemiseksi ja toisaalta epäillyn perusoikeuksien kunnioittamiseksi. Sen sijaan Lauri Lehtimajan 1970- ja 1980-luvuilla kirjoittamat rikos- ja rikosprosessioikeuden sekä ihmisoikeuksien suhdetta tarkastelevat tekstit (etenkin Lehtimaja 1987 ja Lehtimaja 1988) ovat asiasisällöllisesti jo paljon lähempänä 1990-luvun keskustelua. Nähdäkseni monipuolisen (ja valitettavan harvinaisen) kuvauksen perus- ja ihmisoikeuksien kautta ajattelun noususta valtiösääntöoikeudellisesta näkökulmasta tarjoaa Husa 2004 s. 83–110, joka toteaa puheen 1990-luvun ”perusoikeusmurroksesta” ja valtiösääntöoikeustutkimuksen paradigmanvaihdoksesta sinällään täysin oikeutetuksi, mutta esittää myös näkökohtia, joiden varassa ”perusoikeustutkimuksen varsinainen murros” voidaan paikantaa oikeastaan jo ensimmäisen maailmansodan jälkeiseen valtiösääntökehitykseen. Lisäksi Husa nostaa esiin tärkeän (ja niin ikään valitettavan vähälle huomiolle jääneen) havainnon siitä, kuinka etenkin 2000-luvun taitteen kotimainen perusoikeusvirittien juridinen keskustelu pyöri lähes yksinomaan kotimaan sisällä. Esim. kansainväliset tutkijanimet (eritoten Alexy, Dworkin ja Jürgen Habermas) on otettu siinä mukaan lähinnä teorialähteinä tai kotimaisen linssin läpi luettuina ilman, että varsinaiseen eurooppalaiseen tai kansainväliseen valtiösääntökeskusteluun olisi juuri edes haluttu osallistua (s. 129–130). Ja tämä kaikki on tapahtunut vieläpä varsin kriittittävästi pohtimatta vaikkapa sitä, missä määrin Yhdysvaltoihin tai Saksaan pohjautuvat ajatukset milloinkin ovat soveltuneet Suomeen (s. 190).

ihmisoikeuksien ympärillä onkin käyty viimeiset kolmisenkymmentä vuotta⁶⁸². Varmasti jo lähitulevaisuudessa paikoin myötäähäpeääkin herättävän kiivaat äänenpainot kertovat siitä, kuinka tärkeäksi aihe on eri oikeudenaloilla koettu. Puhe ”perus- ja ihmisoikeusprofeetoista” ynnä muista vastaavista onkin tuonut valtakunnan päivänpolitiikan ohella väriä myös oikeustieteelliseen keskusteluun⁶⁸³. On puhuttu ”supernormistoista”, ”superoikeushyvistä”, ”suuresta ideasta”, ”perusoikeuskaasuttelusta”, ”perusoikeusimperialismista” ja vaikka mistä⁶⁸⁴. Vaikka edellä mainitut ilmaiset ovat peräisin nimenomaan rikosoikeustutkijoilta, on kiivain aihetta koskeva keskustelu rajoittunut muille oikeudenaloille⁶⁸⁵. Tällä hetkellä paitsi kansainvälisen oikeuden ja valtiosääntöoikeuden professorina myös ihmisoikeusinstituutin johtajana työskentelevä, mutta oikeustieteellisen uransa 2000-luvun taitteessa nimenomaan rikosoikeuden saralla aloittanut Elina Pirjatanniemi on luonnehtinut Suomessa 1990-luvulla alkaneen yleisen valtiosääntöistymiskehityksen kohdanneen yllättäen rikosoikeuden kohdalla suoranaisten ”ehdottoman antautumisen”. Kyse on siitä, että perus- ja ihmisoikeusajattelu omaksuttiin suhteellisen nopeasti osaksi rikosoikeutta ilman, että asiaa olisi kovinkaan kriittisesti arvioitu saati vastustettu – ainakaan samalla kiivaudella kuin vaikkapa siviilioikeuden piirissä. Pirjatanniemen mukaan jossain vaiheessa näytti jo siltä, että rikosoikeus muuttuisi valtiosääntöoikeudeksi, miltä rikosoikeuden kuitenkin lopulta ”pelasti” Sakari Melander perustavanlaatuisella perus- ja ihmisoikeusherkistä kriminalisointiperiaatteista nimenomaan rikosoikeudellisesta perspektiivistä kirjoittamallaan väitöskirjalla.⁶⁸⁶

⁶⁸² Kotimaisesta perus- ja ihmisoikeuskeskustelusta ks. Norr 2018 erit. alav. 5 ja 6 sekä Pirjatanniemi 2013, joka nostaa esiin myös erittäin tärkeän näkökulman siitä, kuinka asiaa koskeva ”kuohunta” olisi tieteen tekemisen kannalta ehkä perustellumpaa nähdä kirouksen sijaan siunauksena (s. 316–318). Lisäksi Pirjatanniemi toteaa ihmisoikeuksia koskevien kriittisten huomioiden kertovan ehkä jotain olennaista myös siitä, miten oikeustiede vastaanottaa muutoksen (s. 304). Ks. myös vaikkapa Hyttinen 2015 s. 37–44, joka nostaa mm. esiin myös kysymyksen mannermaisen oikeustradition anglosaksistumisesta. Lavapuron 2010 s. 14–15 tapaan vuosituhannen alun erilaisia valtiosääntökäsityksiä ilmentäneen keskustelun voidaan toki positiivisessa hengessä todeta liittyvän kotimaisen valtiosääntökulttuurin ”moniarvoisuuteen”.

⁶⁸³ Ks. esim. Pirjatanniemi 2013 s. 303 ja 308. Jo Pekka Viljanen 1991 s. 523–524 peräänkuulutti (ihmisoikeuksiin itsessäänkin kuuluvaa!) mielipiteen vapautta ihmisoikeuksia koskevassa keskustelukulttuurissa, jossa katsoi jo 1990-luvulla päästyn tilanteeseen, jossa poikkeuksellisen sanankin lausuminen jostain ihmisoikeuksien alati laajenevaan kategoriaan kuuluvasta seikasta johtavan jonkin vähemmän mairittelevan ”-ismien” edustajaksi leimaamiseen. Hyvänä esimerkkinä uskonollisia kiistoja lähentelevästä intensiteetistä ja sanankänteistä ks. Lämsinevan 1999 arvostelu eritoten Jaakko Husan osuudesta teoksessa *Perusoikeudet Suomessa* (1999) sekä Husan 2000 julman parodinen vastaus, jossa Husan muun ohella myöntää tekstinsä kerettiläisen (eli siis ”kriittiseen ja kyseenalaistavaan ajatteluun ohjaavan”) aineksen siinä määrin vahingolliseksi auktoriteettiuskoisen tieteenalan opiskelijaparoille, että tekstin luettaminen osana valtiosääntöoikeuden opintoja tulisi ehdottomasti estää (s. 136)! Kaiken piikittelyn ohella Husa onnistuu kuitenkin mielestäni kiteyttämään hänen ja Lämsinevan välisen erimielisyyden yllättävänkin tarkkanäköisesti: jakolinjana ei lopulta ole perusoikeusmyönteisyys vs. perusoikeusvastaisuus, ”vaan se todellinen erimielisyys kohdistunee valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen oikeusysteemaattiseen ja osin tietoteoreettiseen perspektiiviin: Mikä on valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen primäärinen näkökulma, josta käsin tutkija jäsentää oman alansa peruskysymykset, lähestymistavat ja teoriaperinteen” (s. 137–138). Sen sijaan Husan otaksuaa perusoikeuksiin liittyvän ”liikuttavan tunteenomaisuuden” hälvenemistä (s. 140) odotellaan pitkälti yhä tänäkin päivänä...

⁶⁸⁴ ”Supernormistoista” ks. Nuoto 2005b ja myös Karhu 2005 s. 30 sekä Karhu 2003 s. 796–797. ”Superoikeushyvistä” ks. Melander 2008a s. 351–354 ja 376–377 ja tältä pohjalta myös Palo 2010 s. 130. Huomattakoon, että Melander itse puoltaa ns. oikeushyvien suojelun periaatteen kriittisen ulottuvuuden säilyttämistä oikeushyvien ja perusoikeuksien välisen suhteen muodostamisessa (– samoin kuin jo Nuutila 1996 s. 79–80). ”Suuresta ideasta” ks. Utrianen 2017 s. 552. ”Perusoikeuskaasuttelusta” puhui Tatu Hyttinen Helsingissä 10.11.2015 pitämässään väitöskirjaansa koskeneessa alustuksessa (ja ilmeisesti Lämsinevan 2011 s. 349–351 ja Ojaseen 2014 s. 952 viitaten). Todettakoon Hyttisen itsensä edustavan ”maltillista perus- ja ihmisoikeusmyönteisyyttä” pyrkien esim. väitöskirjassaan liennyttämään perus- ja ihmisoikeuksien sekä rikosoikeuden ”viha-rakkaussuhdetta” kalibroimalla perus- ja ihmisoikeudet osaksi rikosoikeudellista ratkaisutoimintaa nimenomaisesti rikosoikeuden ehdoin ja sen traditiota kunnioittaen (Hyttinen 2015 s. 9, 327–329 ja 391). ”Perusoikeusimperialismista” ks. Viljanen 2002 s. 34–35 ja Husa 1999 s. 307 (, joka kiittää termistä Lars D. Erikssonilta). Ks. vielä Wilhelmsson 2003 s. 47, joka huomauttaa perusoikeusnäkökulman dominoivan kotimaista oikeusdogmaattista metodidiskustelua siinä määrin, että moni ajattelee näkökulman täytyvän sisältyä esim. väitöskirjoihin ja monografiioihin niiden aiheesta riippumatta.

⁶⁸⁵ Esim. Viljanen 2001 s. 20 alav. 34 mainitsee valtiosääntöoikeuden ulkopuolisilta oikeudenaloilta esimerkkeinä ”pitkälle menevää perusoikeusnäkökulman omaksumista” Pöyhösen *Uuden varallisuus-oikeuden* (2000) (sekä erään toisen lyhyemmän tekstin), Nuutilan väitöskirjan (1996) sekä kaksi Kari Kuusiniemen tekstiä.

⁶⁸⁶ Tällä tavoin Pirjatanniemi kuvasi suomalaisen rikosoikeuden kehityskulkua (nimenomaisesti kriminaalipoliittisesta perspektiivistä) 22.8.2019 pitämässään keynote-esitelmässä. Melanderin rikosoikeuden ”pelastavan” väitöskirjan osalta Pirjatanniemen ajatuksena oli se, että väitöskirjassa esitetty kriminalisointiteoria merkitsi nimenomaan rikosoikeustieteellistä (ei vain valtiosääntöoikeudellista) perustaa kriminalisoinneille. Ymmärrän Pirjatanniemen tarkoittaneen samaa, mitä jo omassa

Uskoakseni monellakin tapaa vuosituhannen vaihteessa muutoksessa ollut suomalainen rikosoikeus oli hyvin otollinen maaperä perus- ja ihmisoikeusajattelulle. Perus- ja ihmisoikeudet sopivat hyvin yhteen ennen kaikkea kriminaalipolitiikkaa ja oikeusperiaatteita painottavien ajattelumallien kanssa. Niissä kaikissa korostuu ajatus sisällöllisestä oikeudenmukaisuudesta. Kriminaalipoliittinen orientoituminen painottaa oikeusjärjestelmän (ahtaan oikeuspositivistisesti ymmärrettynä) ulkopuolisten arvo- ja tavoitenäkökohtien tuomista osaksi juridiikkaa. Joustavilla ja ennen kaikkea sisältölähtöisillä periaatteilla (ja esimerkiksi rikosoikeuden tapauksessa ennen kaikkea ns. *kriminalisointiperiaatteilla*) operoiminen tarjoaa tähän otollisen teoriapohjan. Niin ikään joustavat ja sisältölähtöiset, mutta myös perustuslaista ja ihmisoikeusasiakirjoista konkreettisten pykälien ja artiklojen tasolla löytyvät perus- ja ihmisoikeudet tarjoavat tähän vielä huomattavasti konkreettisemmän mahdollisuuden.⁶⁸⁷

Rikosoikeus muodostaa varsin tutkitun ja tätä kautta ”vahvan” ja ”itsenäisen” oikeudenalan, jossa vieläpä oikeusturvasyistä korostuu muodollinen systematiikka ja ylipäänsä konservatiivisuus. Tämänkaltaiseen järjestelmään ei ole helppoa istuttaa uusia ajattelumalleja – vaikka ne siis edellä mainituin tavoin monella tapaa sopisivatkin yhteen järjestelmän piirissä jo vaikuttaviin trendeihin. Vähintäänkin tämän on tapahduttava jollain tapaa rikosoikeudellisen järjestelmän ”omin ehdoin”. Juuri näin on käynyt uskoakseni myös perus- ja ihmisoikeuksien kohdalla. Rikosoikeuden näkökulmasta katsottuna niiden omaksumiselle löytyi luonteva alue kriminalisointiperiaatteita koskevasta ja rikosoikeuden piirissä jo pitkään ennen 1990-lukua käydyistä keskustelusta sekä vielä tätäkin perinteisemmästä niin sanotusta *oikeushyväopista*.⁶⁸⁸

Ari-Matti Nuutila asettuu vuoden 1996 väitöskirjassaan nimenomaisesti puolustamaan perus- ja ihmisoikeusajattelun välttämättömyyttä rikosoikeudelliselle ajattelulle. Perus- ja ihmisoikeudet ovat Nuutilan mukaan syntetisoitavissa rikosoikeuden piirissä

väitöskirjassaan; rikosoikeus *valtiösääntöoikeudeksi*, muttei muuttunut valtiösääntöoikeudeksi – aivan samoin kuin Pirjatanniemi itse toivoi rikosoikeuden *vihertyvän*, muttei muuttuvan täysin vihreäksi. Melanderin väitöskirjan voi nähdä myös vaikkapa vastauksena Kimmo Nuotion omassa väitöskirjassaan esittämään toiveeseen kehittää rikosoikeuden oppirakennelmaan uudenlainen oikeudellinen syvärakenne (näin Lahti 2013b s. 20–21). Vrt. Pirjatanniemen kanssa hieman erilaisesta kannasta esim. Tuori 2019a s. 485 ja 487, joka yhdistää vaaran perusoikeusnäkökulman liiallisesta laajentamisesta (”perusoikeusimperialismista”) nimenomaan yksityisten välisiin horisontaalisuhteisiin. Näin ajatellen ensisijaisesti julkisen ja yksityisen vertikaalisuhteita koskeva rikosoikeus ei ole vaaravyöhykkeellä lainkaan. Horisontaali- ja vertikaalitasot voi toki mieltää monin eri tavoin. Esim. Tuori näyttäisi ymmärtävän tieliikennettä koskevat kriminalisoinnit nimenomaan yksityisten välisiin horisontaalisuhteisiin kohdistuvina (s. 489–491) – itselleni ne edustavat pikemminkin vertikaalista tieliikenteen järjestyksen turvaamista yhteiskunnan taholta tapahtuvana puuttumisena yksilöiden vapauksiin.

⁶⁸⁷ Kriminaalipolitiikan voi luonnollisesti jo edellä esitetyn mukaisesti ymmärtää usein eri tavoin. Esim. Raimo Lahti on korostanut ymmärtävänsä sen itse *laajasti* siten, että se käsittää niin tavoitteet ja intressit (ennen kaikkea yleis- ja erityispreventiiviset hyötytavoitteet) kuin arvotkin (ennen kaikkea oikeudenmukaisuuden ja humanisuuden). Tavoitteet ja arvot Lahti kytkee edelleen rikosoikeutta kautta historiansa leimanneeseen yhtäältä tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien sekä toisaalta oikeudenmukaisuus- ja humanisuusnäkökohtien väliseen jännitteeseen. (Lahti 1990 s. 204 ja 213–215) Ks. myös Lahti 2013b s. 15–16, jossa tämä esittää havainnollisen taulukon erilaisista ”rationaalisuuden arviointikriteereistä”, joiksi Lahti siis jäsentää *hyödyllisyyden, oikeudenmukaisuuden ja humanisuuden*, jotka Lahti edelleen toteaa usein jännitteiksi, jopa ristiriitaisiksi. Lisäksi Lahti katsoo, että kyseistä hänen aiempiin esityksiinsä perustuvaa jäsenystä olisi nytemmin syytä täydentää vielä perus- ja ihmisoikeuksiin liittyvillä sekä EU-oikeuslähtöisillä tarkennuksilla. Uskaltaisin väittää, että useimmiten kriminaalipolitiikka liitetään ennen kaikkea tavoite- ja intressinäkökulmiin. Tältä kannalta perus- ja ihmisoikeudet tarjoavat enemmänkin arvoin liittyvän näkökulman. Esim. Melander 2008a s. 51, 359–360 ja 367 toteaa perusoikeudet ymmärrettävän nykyisin ennen muuta oikeuden ja moraalien rajalla sijaitseviksi periaatteiksi, jotka välittävät oikeuden syvempien tasojen periaatteita pintatasolle.

⁶⁸⁸ Ks. esim. Melander 2008a s. 327–329 ja 336–340, joka toteaa oikeushyvien suojelua pidetyn kotimaissa rikosoikeustieteessä yhtenä rikosoikeuden päätehtävistä jo 1900-luvun alusta lukien. ”Oikeushyvän” käsitteen vakiintuneisuutta ja elinvoimaisuutta kuvaakin Melanderin mukaan pelkästään se, kuinka perusoikeusjärjestelmä on pyritty 1990-luvulta alkaen rikosoikeuden piirissä huomioimaan juuri oikeushyviä koskevien oppien kautta. Rikosoikeuskomitean mietintö (KM 1972:76) ilmensi Melanderin mukaan kuitenkin paitsi selkeää ja nimenomaista myös 1970-luvun Suomessa urauurtavaa näkemystä rangaistussäännöksistä juuri perusoikeuksien suojana (s. 89–90). Sinällään rikosoikeuskomitean muotoilemat ”kriminalisointiperiaatteet” jäivät toki hyvinkin mahdollisiksi (s. 111). Alun perin saksalaisperäisestä oikeushyväopista Suomessa ks. myös Frände 2012c.

jäsennettyihin kriminalisointiperiaatteisiin. Nuutilan tavoitteena onkin tematisoida kriminalisointiperiaatteet uudelleen juuri perus- ja ihmisoikeuksien valossa sekä antaa näille kaikille perinteistä olennaisesti merkittävämpi asema myös yleisten oppien ja laintulkinnan tasolla. Kyse on yhtenäisestä ajattelullisesta perustasta, jossa Nuutila näkee tiivistyvän yhtäältä liberalistisen ja toisaalta hyvinvointivaltiollisen rikosoikeuden keskinäisen jännitteen; yksilöllisten toiminnallisten vapauksien ja oikeushyvien suojelun välisen suhteen.⁶⁸⁹ Olennaista on se, että yhteiskunnallisiin arvoihin, arvostuksiin ja tavoitteenasetteluihin sidotut sekä alituudessa muutosliikkeessä olevat perus- ja ihmisoikeudet tarjoavat Nuutilalle rikosoikeuden *ulkopuolisen* institutionaalisen mittapuun, jonka puitteissa on mahdollista suorittaa edellä mainittujen vastakkaisten näkökohtien välisiä punnintaoperaatioita – yhteensovittaa toiminnallisten vapauksien rajoituksia ja preventiohyötyjä.⁶⁹⁰ Tällaiset punnintaoperaatiot eivät nimenomaisesti rajoitu Nuutilan ajattelussa lainsäädäntötyöhön, vaan niin perus- ja ihmisoikeudet kuin kriminalisointiperiaatteetkin on huomioitava yhtenä tulkintaan vaikuttavana argumenttina myös lakia sovellettaessa. Lisäksi Nuutila toteaa niiden soveltuvan myös rangaistuksen määräämiseen, mihin ei tutkimuksessaan kuitenkaan sen kummemmin puutu.⁶⁹¹

Matti Tolvanen jatkaa omassa väitöskirjassaan siinä mielessä Nuutilan viitoittamalla tiellä, että edellyttää oikeushyvien *jäännöksetöntä* sitomista perus- ja ihmisoikeuksiin⁶⁹². Lisäksi Tolvanen toteaa perusoikeuksien keskeisimmäksi funktioksi rikosoikeudessa niiden tulkinnallisen vaikutuksen, joka rikostunnusmerkistöjä sovellettaessa tapahtuu yleisten oppien kautta vaikuttavien

⁶⁸⁹ Nuutila 1996 s. 11 ja 24–25. Ks. myös Nuutila *lectio praecursoria*, jossa kyse on toisesta rikosoikeuden yleisten oppien muutosta koskevasta teesistä (Nuutila 1997a s. 66). Melander 2008 s. 96–97 ja 336–340 yhdistää Ari-Matti Nuutilan väitöskirjassaan esittelemän ajatuksen oikeushyvien ja perusoikeuksien sitomisesta edelleen nimenomaan aiheesta Saksassa käytyyn keskusteluun ja siellä ennen kaikkea Claus Roxinin tuotantoon.

⁶⁹⁰ Nuutila 1996 s. 70–71, 83, 85–86 ja 90. Nuutila huomauttaakin (Nils Jareborgin innoittamana), että ”(r)ikosoikeudellisen suojan rajat on parempi määritellä eduskuntatalossa kuin tutkijakammiassa.” (s. 82) Kyseiset punnintaoperaatiot liittyvät ennen kaikkea oikeushyvien suojelun, hyöty-haitta -vertailun sekä ultima ratio -kriminalisointiperiaatteisiin.

⁶⁹¹ Nuutila 1996 s. 91–95. Perus- ja ihmisoikeuksien sekä kriminalisointiperiaatteiden antaman tulkintatuen käytännöllisen huomioimisen Nuutila katsoo edellyttävän rikosoikeuden yleisten oppien kohdalla täsmällisempää käsitteistöä. Tällaisen Nuutila löytää Wolfgang Frischin teoksessaan *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (1988) esittämistä kolmesta tulkintakriteeristä, joiden avulla Nuutila katsoo saatavan tunnusmerkistön mukaisuutta koskeviin tulkintakysymyksiin ”entistä paremmin otetta”. Kyse on 1) *suojelutarpeen periaatteesta*, 2) *suhteellisuusperiaatteesta* sekä 3) *sopivuusperiaatteesta*. Nuutila huomauttaa itsekkin periaatteiden merkityksen avautuvan vasta soveltamistilanteissaan. Itselleni on Nuutilan väitöskirjan useammasta lukukerrasta huolimatta jäänyt varsin epäselväksi, miten periaatteet lopulta toimivat. Myös Jussi Matikkala jää kirja-arviossaan kaipaamaan Frischin periaatteita koskevaa tarkempaa keskustelua (Matikkala 1997 s. 422). Dan Frände puolestaan arvioi Frischin periaatteiden jäävän roikkumaan väitöskirjassa ilmaan (Frände 1997 s. 215). Esim. suojelutarpeen periaate aktualisoituu Nuutilan esityksessä hänen muotoillessaan teon huolimattomuuden 3. edellytystä eli ”tunnusmerkistön ulottuvuutta”. Tunnusmerkistön ulottuvuudessa (eli tunnusmerkistön suojelutavoitteessa) on kyse siitä, ”kaipaako toinen rikosoikeudellista suojaa vai ei”. Perusoikeus- ja kriminalisointiperiaatteiden näkökulmasta tämä palautuu Nuutilan mukaan yksityisten välisten toiminnallisten rajoitusten hyväksyttävyyteen yhteiskunnallisten tarpeiden ja intressien näkökulmasta. (Nuutila 1996 s. 459 ja 486–487) Ks. myös Tolvanen 1999 s. 225–232, joka niin ikään hahmottaa kriminalisointiperiaatteiden yleisten oppien yhteydessä antaman tulkintatuen juuri kyseisten kolmen tulkintakriteerin pohjalta. Tolvanen pyrkii omassa esityksessään johtamaan näistä ainakin tielikenteelle tyypilliselle ns. luottamusperiaatteelle tarkempaa sisältöä (s. 340–344, 409 ja 413). Niin lainsäätäjään kuin osittain myös lainkäyttäjään kohdistuvista kriminalisointiperiaateista puhuu myös Tapani 2004 s. 20, 72 ja 91, joka toteaa rikoslainopillisen tutkimuksen painopisteen muuttuneen siten, että rikosoikeusjärjestelmä pyrittään niiden välityksellä virittämään aiempaa aktiivisemmin ”samalle taajuudelle” perusoikeusjärjestelmän kanssa.

⁶⁹² Tolvanen 1999 s. 182. Esim. Hyttinen 2015 s. 160 alav. 103 näyttäisi olevan samoilla linjoilla. Tolvanen itse sen sijaan näyttäisi myöhemmin (mahdollisesti vastaväittäjä Lahden 2000 s. 280–281 kritiikin myötä) lieventäneen tältä osin kantaansa. Esim. Ratamäki–Tolvanen 2018 s. 168 puhuvat perusoikeus- ja rikosoikeusjärjestelmän ”yhteismittallisuudesta” katsoen tämän edellyttävän rikosoikeudella suojattavien oikeushyvien ankkuroida *mahdollisimman pitkälle* perus- ja ihmisoikeuksiin. Ks. myös Pirjatanen 2001 s. 14 ja 16–19, joka toteaa perus- ja ihmisoikeuksien luetteloiden muodostavan luontevan lähtökohdan suojattaville oikeushyville. Vrt. esim. Frände 2012c s. 22–23, joka toteaa, etteivät kaikki kriminalisoinnit ole palautettavissa perusoikeuksien suojeluun (esim. julmuus eläimiä kohtaan, kiihotus rasistiseen vihaan, väärä todistus tai kunnianloukkaus). Fränden lista kertonee siitä, kuinka perusoikeuksia voi tulkita eri tavoin – uskoisin, etteivät kaikki ole lainkaan samaa mieltä siitä, etteikö ainakin osaa edellisistä voisi löytää perusoikeuksista!

(kriminalisointi)periaatteiden muodossa⁶⁹³. Itse kriminalisointiperiaatteiden kohdalla Tolvanen on kuitenkin selvästi Nuutilaa varovaisempi. Tolvanen pitää epärealistisena ajatusta rikosoikeudellisen vastuun rajoittamisesta ainakaan kovin äkillisesti kriminalisointiperiaatteista johdettavilla kriteereillä tilanteessa, jossa kriminalisointiperiaatteiden soveltuvuudesta lainopilliseen argumentointiin ei ole vielä käyty Nuutilan väitöskirjaa perustellumpaa keskustelua. Sen sijaan Tolvanen asettaa vaatimattomammin tavoitteeksi, että kehitys etenisi *vähitellen* tähän suuntaan. Lopulta Tolvanen tuntuisikin väitöskirjassaan ymmärtävän perusoikeuksien rikosoikeudellisella lainkäyttötason vaikutuksella lähinnä perusoikeusmyönteisen valinnan tekemistä muiden tulkintamenetelmien avulla rajattujen mahdollisten ratkaisujen joukosta.⁶⁹⁴

Sakari Melanderin voitaneen sanoa vieneen perus- ja ihmisoikeuslähtöisen rikosoikeusajattelun kotimaisessa 2000-luvun rikosoikeudessa pisimmälle. Melanderin vuoden 2008 väitöskirjan tavoitteena on luoda itsenäinen *kriminalisointiteoria*, eli siis teoria kriminalisointien hyväksyttävästä käytöstä. Tarkemmin ottaen teoria pyrkii osoittamaan hyväksyttävän rikosoikeudellisen järjestelmän käytön edellytykset muotoilemalla rikoslainsäätäjän työtä ohjaavia *kriminalisointiperiaatteita*. Kyseiset periaatteet merkitsevät lainsäätäjän näkökulmasta ”kriittisiä työvälineitä” ja ennen kaikkea rajoituksia. Kriminalisointi on hyväksyttävä vain sen täyttäessä kriminalisointiperiaatteiden muotoon puettut reunaehdot.⁶⁹⁵ Teorian pohjimmaisena tavoitteena on ”parempi ja rationaalisempi rikoslainsäädäntö”⁶⁹⁶. Teoria saa käytännön ilmentymänsä juuri kriminalisointiperiaatteista, joissa ei kuitenkaan Melanderin mukaan ole kyse yksinomaan enemmän tai vähemmän toteutuvista periaatteista. Esimerkiksi laillisuusperiaate merkitsee Melanderin mukaan sääntö/periaate -keskustelun puitteissa pikemminkin sääntöä.⁶⁹⁷ Sisällöllisesti työ tavallaan huipentuukin kutakin viittä Melanderin erittelemää kriminalisointiperiaatetta koskeviin jaksoihin. Kyse on *laillisuusperiaatteesta, ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteesta, oikeushyvien suojelun periaatteesta, ultima ratio -periaatteesta* sekä *hyöty-haitta-punninnan periaatteesta*⁶⁹⁸. Melanderin teoria tuo rakenteeltaan mieleen Lappi-Seppälän väitöskirjan; sinällään jo pitkään keskustelun kohteena olleita ”kriminalisointiperiaatteita” pyritään hahmottelemaan aiempaa tarkemmin ja analyttisemmin siten, että myös niiden oikeudellinen sisältö kyetäisiin tiivistämään aiempaa täsmällisemmäksi. Tältä pohjalta muodostuu periaatteiden ja alaperiaatteiden varaan rakennettu ”oikeudellinen kehikko”, jonka puitteissa itse tutkimuskysymystä –

⁶⁹³ Tolvanen 1999 s. 225 ja 241. Tolvanen toteaa myös kriminalisointiperiaatteiden olevan johdettavissa perusoikeuksista käsin (s. 177). Ks. tarkemmin kriminalisointiperiaatteiden lainoppiin ja lainkäyttöön ulottuvasta *tulkinnallisesta* vaikutuksesta s. 178, 224–233 ja 452–453.

⁶⁹⁴ Tolvanen 1999 s. 177, 225 ja 241–243.

⁶⁹⁵ Melander 2008a s. 2–3, 7–8 ja 173.

⁶⁹⁶ Melander 2008a s. 2 ja myös Melander 2009 s. 1183.

⁶⁹⁷ Melander 2008a s. 173 ja 175.

⁶⁹⁸ Erilaisia ”kriminalisointiperiaatteita” on toki kotimaisessakin rikoslainopissa eritelty jo ennen Melanderia. Melanderin esitys on näistä toki ilman muuta syvällisin. Esim. Lappi-Seppälä 1987 s. 129 ja Lappi-Seppälä 1994 s. 33–41 on puhunut ”liberalistiseen traditioon sitoutuvan kriminaalipolitiikan perusteesta”, joiden pohjalta hän on tiivistänyt seuraavat ”rikosoikeuden käytön ehdot”: 1) käyttö vain oikeushyvien suojeluun, 2) käsillä ei toista moraalisesti hyväksyttävämpää ja tehossaan kohtuullisissa määrin lähestyvää sekä kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavissa olevaa järjestelmää (ultima ratio) ja 3) rangaistuksien saavutettavat edut jäävät tuottamiaan haittoja suuremmiksi (hyöty-haitta-vertailu). Nuutila 1996 s. 76–90 erittelee ”kriminalisointiperiaateiksi” 1) ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteen, 2) oikeushyvien suojelun periaatteen, 3) hyöty-haitta-vertailun periaatteen sekä 4) ultima ratio -periaatteen. Tolvanen 1999 s. 176–223 lukee ”kriminalisointiperiaateiksi” puolestaan 1) oikeushyvien suojelun, 2) ultima ratio -periaatteen, 3) hyöty-haitta-punninnan, 4) yksilöautonomian periaatteen, 5) ankaran rangaistusvastuun kiellon sekä 6) lievemmän lain periaatteen, praeter legem -kiellon ja epätäsmällisyyksiä.

eli tässä tapauksessa rikoslainsäädännön sisällöllistä hyväksyttävyyttä – pyritään tarkastelemaan.⁶⁹⁹

Olennaiseksi teemaksi Melanderin väitöskirjassa nousee poliittisen päätöksenteon suitsiminen oikeudellisilla rajoitteilla⁷⁰⁰. Tästä näkökulmasta Melanderin vahva tukeutuminen valtiosäntöön ei olekaan mikään yllätys. Perustuslaillisessa demokratiassa nimenomaan perustuslaki rajoittaa poliittista valtaa. Melanderin hahmottelemaan ”lainsäätäjän oikeuslähdeoppiin” kuuluukin ennen kaikkea valtiosäntöoikeudellista ainesta: 1) valtiosäntöön peruseriaatteen, 2) perusoikeusjärjestelmä ja ihmisoikeudet, 3) perusoikeuksien rajoittamisdoktriini sekä myös 4) EU-oikeus etusija- ja lojaliteettiperiaatteineen. Näiden lisäksi Melander lukee lainsäätäjän oikeuslähdeoppiin edelleen: 4) aineellisen EU-oikeuden muodostamat reunaehdot, 5) lainsäädännön sisäisen rationaalisuuden sekä 6) vakiintuneet sääntelyperiaatteet.⁷⁰¹ Ennen kaikkea perusoikeudet ja myös PeV:n muotoilemat perusoikeuksien rajoitusedellytykset nousevat Melanderin tutkimuksessa keskeiseen rooliin⁷⁰². Melander itse katsoo rikosoikeuden perusoikeusluottuvuuden vahvistamisen seuraukseksi tarpeesta määritellä reunaehtoja etenkin 1970-luvulta alkaen korostuneelle hyvinvointivaltiolliselle ja instrumentalistisilla tehtäviä toteuttavalle rikoslainsäädännölle. Melander näkeekin vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen jälkeisen ”rikosoikeuden valtiosäntöistymisen” keskittyneen nimenomaan uuden hyvinvointivaltiollisen rikosoikeuden valtiosäntöisten rajojen määrittelyyn etenkin perusoikeuksista käsin. Omat kriminalisointiperiaatteensa Melander näkee välttämättömäksi sitoa perusoikeusjärjestelmään, jotta niiden sitovuus voitaisiin varmistaa. Vaikka kriminalisointiteorialla on läheinen suhde niin rangaistusta koskevaan filosofiseen keskusteluun kuin moraalia ja politiikkaakin koskevaan teoriaan, ei konkreettisia kriminalisointiperiaatteita voi perustaa yksinomaan kriminaalipoliittisiin ja moraalifilosofisiin kannanottoihin.⁷⁰³ Lisäksi Melander painottaa välttämättömyyttä kytkeä rikosoikeuden suojelema oikeushyvät perusoikeusjärjestelmään. Melander puhuu rikoslainsäädännön suojaamien kohteiden ja perusoikeuksien ”erittäin läheisestä kytkennästä” tunnustaen kuitenkin, etteivät kaikki kriminalisoinnit ole ongelmitta palautettavissa perusoikeuksiin. Olennaista on se, että Melander painottaa oikeushyvien kytkemistä *perusoikeusjärjestelmään kokonaisuudessaan*, eli yksittäisten perusoikeuksien lisäksi myös esimerkiksi niiden rajoitusedellytyksiin. Muussa tapauksessa järjestelmien yhteenliittäminen jäisi

⁶⁹⁹ Juurikin näin Melander mielsi tutkimuksensa noin vuosi sen valmistuttua pitämässään vuoden väittelijän puheessa (Melander 2009 s. 1183). Myös vastaväittäjänä toiminut Raimo Lahti näkee juuri Lappi-Seppälän väitöskirjan Melanderin tutkimuksen lähimpänä teoreettis-metodologisena vertailukohtana. Lisäksi Lahti toteaa Melanderin nojautuvan ylipäänsäkin monissa kohdin juuri Lappi-Seppälän tuotantoon. Ennen kaikkea Melanderin kriminalisointiteoriaa määrittää Lahden mukaan Lappi-Seppälän kehittämä liberalistis-utilitaristinen ajattelutapa. (Lahti 2009 s. 491 ja 495–496)

⁷⁰⁰ Melander 2008a s. 3.

⁷⁰¹ Melander 2008a s. 72–79.

⁷⁰² Melander 2008a s. 3 ja PeVM 25/1994 s. 4–5. Melander toteaa rajoitusedellytyksillä olevan paljon yhteistä omien kriminalisointiperiaatteidensa kanssa (Melander 2008a s. 117–123). Lisäksi Melander nostaa tältä osin esiin Tapio Lappi-Seppälän ja Jan Törnqvistin laatiman ja OM:n julkaiseman muistion kriminaalipoliitikasta ja rikoslainsäädännöstä (*Kriminaalipoliitikasta ja rikoslainsäädännöstä* 9.4.1999), jossa perusoikeuksista johdetaan rikosoikeuden oikeusvaltiollisia rajoitteita (s. 132–136). Melander näkee LaVL 9/2004 yrityksenä yhdistää ”perinteiset” kriminalisointiperiaatteet sekä perusoikeuksien rajoitusedellytykset (s. 136). Sinällään perusoikeuksien rajoitusedellytysten merkitystä kriminalisointiperiaateille oli painottanut jo Elina Pirjatanniemi 2005 s. 189–198. Ks. myös Nuutila 1996 s. 68–69, joka ei näe perustuslakivaliokunnan muotoilemista rajoitusperusteista kovinkaan paljoa uutta verrattuna pohjoismaisessa rikosoikeudessa jo käytyyn laillisuusperiaatetta ja kriminalisointiperiaatteita koskeneeseen keskusteluun.

⁷⁰³ Melander 2008a s. 94, 170–171 ja 174. Hyvin samalla tavoin perus- ja ihmisoikeudet nimenomaan oikeusvaltiollisina ja oikeusturvaa ylläpitävänä vastapainona hyvinvointivaltiolliselle ja preventiivisäilyttävälle ”offensiiviselle” rikosoikeuspolitiikalle näkee myös esim. Raimo Lahti 1994 s. 9 ja 13–14.

Melanderin mukaan valikoivaksi eikä vastaisi tämänhetkistä oikeudellista todellisuutta.⁷⁰⁴

Nähdäkseni Melanderin kriminalisointiteoriaa koskeva olennainen kysymys onkin juuri se, miten teoria poikkeaa rikosoikeudessa kautta aikain kehitellyistä ja jo edellä käsitellyistä *rangaistusteorioista*. Perustavanlaatuisena erona on tietysti se, että *kriminalisointiteoria* koskee jo nimensä mukaisesti kriminalisointeja – yleisluontoista lainsäädäntöä – ja *rangaistusteoria* puolestaan rankaisemista – yksittäistapauksellista lainkäyttöä ja täytäntöönpanoa. Melander rakentaakin väitöskirjassaan nimenomaan lainsäätäjän näkökulmaa rikosoikeuteen, minkä hän katsoo ainakin oikeustieteen piirissä pitkälti laiminlyödyksi⁷⁰⁵. Melander ei sinällään ole tyytymätön rangaistusteorioihin, eikä pyri yhdenkään niistä korvaamiseen. Sen sijaan hän on tyytymätön tilanteeseen, jossa kriminalisointien hyväksyttävyydeltä puuttuu (lainsäädännöllisestä näkökulmasta rakennettu) teoreettinen pohja. Melander toteaa rangaistusteorioiden jäävän utopiaksi, ellei rangaistavaksi myös säädetä jotain⁷⁰⁶. Kriminalisointiperiaatteensa Melander rakentaa muun ohella rangaistusteoreettiselle pohjalle. Preventio- ja sovitusteorioita sekä niin sanottuja ”kolmannen linjan” rangaistusteorioita käsiteltyään Melander toteaa sovitus- ja erityispreventiiviset teoriat kriminalisointien näkökulmasta mielenkiinnostomiksi. Kriminalisoinnit suuntautuvat menneisyyden sijasta tulevaisuuteen ja liikkuvat yksittäisen rikosentekijän sijaan yleisemmällä tasolla. Vaikka esimerkiksi sovitusteoria voi Melanderin mukaan sinällään toimia ainakin osittaisena rangaistuksen oikeutuksena, ei sillä *kriminalisointiperiaatteiden* osalta ole juuri annettavaa. Melander sitookin kriminalisointiperiaatteensa (ja siis koko teoriansa) yleispreventioteoriaan sekä myös ennen kaikkea Anthony Duffiin yhdistämäänsä kommunikatiiviseen teoriaan⁷⁰⁷.⁷⁰⁸ Melanderin rangaistusteoreettinen pohdiskelu perustuu jo edellä mainitulle ja varsin selvärajaiselle rikosoikeusjärjestelmän erilaisten tasojen erottelulle: kriminalisointiteoria koskee kriminalisointeja, eikä

⁷⁰⁴ Melander 2008a s. 344–347 ja 351. Ks. samaan tapaan Viljanen 2001 s. 182–183, joka korostaa ajatusta oikeushyvien kiinnittämisestä perusoikeuksiin kriminalisointien alaa rikosoikeuden osalta nimenomaan kaivantavana.

⁷⁰⁵ Melander arvelee lainsäädäntötasoa koskevan oikeustieteellisen tutkimuksen vähäisyyden johtuvan siitä, että lainsäädäntötoimintaa on (oikeustieteellisestä näkökulmasta) tavattu pitää rationaaliseen, objektiiviseen ja reflektiiviseen oikeudelliseen ratkaisutoimintaan verrattuna jollain tapaa epäilyttävänä kompromisseihin päätyvänä vallankäyttönä ja jopa suoranaisena juonitteluna (Melander 2008a s. 55, ks. myös s. 141–143 ja 171). Tilanne näyttäisi kuitenkin olleen jo jonkin aikaa muuttumassa ja lainsäädäntötasolle keskittyvää oikeudellista ja oikeusteoreettista tutkimusta on viime aikoina ryhdytty harjoittamaan selvästi aiempaa enemmän niin Suomessa kuin ulkomaillakin. Myös lakia säätävät viranomaiset itse ovat niin Suomessa kuin vaikkapa EU:nkin piirissä osoittaneet huomattavaakin kiinnostusta lainvalmistelun (juridisen) laadun kohottamiseen. Yleisen lainsäädäntötasoon kohdistuvan kiinnostuksen ohella kansainvälisessä oikeusteoriassa on puhuttu suoranaisesta *Legisprudence*-suuntauksesta, joka on käytännön tasolla merkinnyt juuri pyrkimystä muotoilla konkreettisia kriteerejä rationaalille lainsäätämislle. Esim. saksalaisella kielialueella ns. *Gesetzgebungslehre*-tutkimuksen voidaan Melanderin mukaan katsoa vakiinnuttaneen asemansa viimeistään 1970-luvulta alkaen. (s. 56–67 viitteineen)

⁷⁰⁶ Melander 2008a s. 1. Samoin Melander 2009 s. 1181, jossa Melander toteaa rangaistavaksi säätämisen merkitsevän käytännössä rangaistavan käyttäytymisen alan määrittämistä. ”Käytäntö” on tietysti monimerkityksinen ja kontekstisidonnainen ilmaisu, mutta uskoisin suurimman osan rikoslainoppineista – vielä 2020-luvullakin – katsovan pikemminkin *jo säädetyn rikoslain soveltamisen* tilanteeksi, jossa *käytännössä* määritetään rangaistavan käyttäytymisen ala.

⁷⁰⁷ Melander 2008a s. 184–185. Kommunikatiiviset teoriat korostavat nimensä mukaisesti rangaistuksen kommunikatiivista ja siis vastavuoroista tehtävää, jolla Melander viittaa ennen kaikkea tietynlaisen käyttäytymisen moitittavaksi määrittelyyn suhteessa yksilöä yleisempään joukkoon – ”kuka tahansa meistä”. Melander korostaa, ettei kyse ole absoluuttisen moraaliln pakkosyöttämisestä, eikä kommunikaatio saisikaan pelkistyä oikeaa ja väärää koskeviksi yhteiskunnalliseksi auktoritatiivisiksi kannanotoiksi, vaan että kyse olisi järjestelmän vastavuoroisuudesta – *kommunikaatiosta*. Se, mitä tämä kaikki hienon kuuloinen tarkalleen ottaen tarkoittaa, jää valitettavasti Melanderin esityksessä hyvin avoimeksi. Lopulta kyse onkin ”yksinkertaisesti vain siitä, että kommunikatiivisella teorialla on edellä esitetyn tavoin merkitystä kriminalisointinäkökulmasta”. Sen pohtimisesta, mikä merkitys kommunikatiivisella teorialla on rikosoikeusjärjestelmän soveltamisessa tai täytäntöönpanossa Melander sanottu nimenomaisesti irti. Ks. myös Melander 2016 s. 31–32, jossa soveltamis- ja täytäntöönpanotasosta ei sinällään sanouduta irti, mutta kommunikatiivisen teorian merkitys ei tästä huolimatta juuri edellisestä täsmene.

⁷⁰⁸ Melander 2008a s. 179–192 ja myös s. 409–410, jossa Melander puhuu yleispreventiosta kriminalisoinnin pääasiallisena rangaistusteoreettisena tavoitteena, johon liittyy ”tärkeänä sivutuotteena” yleistä paheksuntaa välittävän kommunikatiivisen vaikutuksen tavoittelu. Vrt. esim. vastaväittäjä Lahti 2009 s. 492–493, joka korostaa retributiivisista rangaistusteorioista voitavan saada ”moraalifilosofista tukea normatiiviselle oikeudenmukaisuusperustelulle” asettuen näin vastustamaan Melanderin ajatusta retributiivisten rangaistusteorioiden kyvyttömyydestä asettaa sisällöllisiä rajoja valtion rankaisuvallalle.

lainsoveltamiseen saati täytäntöönpanoon liittyvillä rangaistusteoreettisilla näkökohdilla ole teorialle annettavaa.

Olen edellä suhtautunut varauksellisesti ajatukseen rikosoikeusjärjestelmän tasojen tarkkarajaisesta analyttisestä erottelusta⁷⁰⁹. Erityisen ongelmallisena olen (etenkin Pirjatanniemen väitöskirjan kohdalla) pitänyt sitä, että erilaisia teorioita rakentamaan ryhdyttäessä rajataan näkökulma ensin tiukasti tietylle rangaistusjärjestelmän tasolle, mutta lopulta päädytään soveltamaan teoriaa vähän missä sattuu. Erityisen helposti näin tuntuu käyvän rikosoikeudellisten rangaistusteorioiden kohdalla, joiden osalta modernissa rikosoikeudessa vallitsee jo edellä käsitelty mitä kiusallisin epätietoisuus. Melanderin esityksessä käy juuri samoin kuin Pirjatanniemellä⁷¹⁰. Alun perin nimenomaan yleispreventiivisistä ja kommunikatiivisista rangaistusteoreettisista lähtökohdista ja nimenomaan kriminalisointeja ajatellen muotoiltu teoria tuodaan osaksi lain soveltamista ilman, että edes kysyttäisiin, olisiko tässä kohdin syytä pohtia muitakin kuin nimenomaan kriminalisointeihin liittyviä rangaistusteorioita. Melander toteaa kriminalisointiteoriaansa saavan myös lainsoveltajaan ulottuvaa, joskin ”varsin rajoitettua” merkitystä. Tarkemmin ottaen kyse on kriminalisointiperiaatteiden *tulkinnallisesta vaikutuksesta lain soveltamisen tasolla lainsäätäjän määrittelemissä tilanteissa ja rajoissa* – kriminalisointiperiaatteiden heijastumisesta ennen kaikkea rikosoikeudellisiin tulkintaoppeihin. Sitä, mitä tämä konkreettisemmin tarkoittaa, käsitellään kunkin kriminalisointiperiaatteen yhteydessä.⁷¹¹ Yleisellä tasolla kyse on nähdäkseni ennen kaikkea siitä aivan perustellusta näkökohdasta, että yhtäältä välttämättä jonkinlaisen kriminaalipolitiikan varassa rakennetut ja yhteiskunnallisia tavoitteenasetteluja edistämään tarkoitetut ja toisaalta niin ikään välttämättä tulkintaa edellyttävät rangaistussäännökset on mitä luontevinta hahmottaa myös niitä sovellettaessa osaksi kriminaalipolitiikkaa, jonka toteutuminen edellyttää teleologisten näkökohtien huomioimista⁷¹². Ongelmana on kuitenkin se, että tällainen

⁷⁰⁹ Enkä usko myöskään esim. Melanderin uskovan sellaiseen täysin itsekään. Ks. esim. Melander 2008a s. 5; ”Kriminalisointiteoria, samoin kuin esimerkiksi rangaistusteoria, on teoria rikosoikeudellisen järjestelmän käytön hyväksyttävyydestä.”

⁷¹⁰ Ks. myös Lappi-Seppälä 1994, joka alkaa (ja myös päättyy) erinomaisella esityksellä rangaistusteorioihin liittyvästä problematiikasta (s. 19–30 ja 77–82). Alun jälkeen sinällään suppean kirjoituksen aihe rajataan nimenomaan ”järjestelmätasoon” eli normein asetettuihin kriminalisointeihin sekä rangaistusjärjestelmään kokonaisuudessaan, erotuksena siis järjestelmän soveltamista koskevaan ”ratkaisutasoon” (s. 30–31). Samalla kuitenkin jo vaaditaan koko järjestelmän käytön perustelevien syiden ilmenemistä myös järjestelmää sovellettaessa (s. 31). Tämän jälkeen *järjestelmän* periaatteellinen oikeutus sidotaan yhteiskunnallisten intressien suojaamiseen, mistä kuitenkin heti seuraavassa lauseessa tehdään *koko rikosoikeuden* ”pragmaattis-rationaalinen justifikaatio” (s. 32–33). Lopulta rangaistusteorioistakin tarkastellaan ainoastaan yleispreventiota (s. 55–77). Lukija joutuukin olemaan tekstin osalta tarkkana. Lappi-Seppälälle ”rikoslain käytön puolustus” palautuu aina lopulta väitteeseen tai uskoon kriminalisointien *tehokkuudesta* haitallisen käyttäytymisen sääntelyssä (s. 55). Kyse ei ole (Lappi-Seppälän itsensäkin heti alussa suorittaman rajauksen perusteella) *rikoslainkäytöstä* vaan *rikoslain käytöstä* – lain soveltamisen sijaan liikutaan ainoastaan lain säätämisen tasolla! Edellä mainittu sanoilla leikkittely kuvaa vähintäänkin aihetta koskevaan keskusteluun liittyviä monimutkaisuksia...

⁷¹¹ Melander 2008a s. 177–178 ja 402. Laillisuusperiaatteen osalta sen ulottuminen lainsäätäjän ohella lain käyttäjäänkin on oikeastaan itsestäänselvyys (ks. s. 196–200 ja myös vaikkapa HE 44/2002 s. 29–30). Esim. ultima ratio -periaate (, jota Melander luonnehtii sen moraalia ja politiikkaa lähellä olevan luonteensa johdosta ”oikeudellis-kriminaalipoliittiseksi kriminalisointiperiaateksi” (s. 395–401)) merkitsee lainsoveltajan näkökulmasta analogiakiellon ja jossain määrin myös in dubio mitius -tulkinnan vahvistumista sekä edellyttää erilaisten rikosoikeusjärjestelmän mahdollistamien lainkäyttöllisten vaihtoehtojen (kuten lieventämis- ja kohtuullistamisperusteiden tai toimenpiteistä luopumisen soveltamisen) punnintaa (s. 402). Myös kriminalisointiperiaatteista Melanderin mukaan oikeudellisen sisältönsä puolesta vähiten konkreettinen ja ensi näkemältä korostuneen oikeuspoliittinen hyöty-haitta-punninnan periaate (, jota Melander luonnehtii ”oikeudelliseksi kehysperiaateksi”) ulottaa vaikutuksensa laintulkintaan. Kyse on siitä, että lainsoveltaja tulisi ymmärtää muun ohella kriminaalipoliittiseksi toimijaksi – osaksi kriminaalipoliittista jatkumoa. Konkreettisena esimerkkinä soveltamistason vaikutuksesta Melander valitettavasti nostaa esiin vain toimenpiteistä luopumista koskevan RL 6:12:n 1- ja 4-kohdat. (s. 477–480) Myöhemmin tosin käsitellään lyhyesti vielä ns. sosiaaliadekvanssia sekä teon huolimattomuus -oppia inressipunnintaa edellyttävänä ja yleensä nimenomaan soveltamistasolle kuuluviksi katsottuina keinoina rikosvastuun rajoittamiseen. Näiden osalta rajoitutaan kuitenkin lähinnä osoittamaan niiden huomioinnin merkitys jo lainsäädäntötasolla. (s. 498–502)

⁷¹² Esim. Melander 2008a s. 479, jossa Melander toteaa lain soveltajan olevan syytä huomioida, että rikosoikeudellisessa lainsäädännössä sekä poliittisessa päätöksenteossa ensisijaisesti ilmauksensa saava kriminaalipolitiikka jää tyhjäksi, jollei rikosoikeudellisia säännöksiä käytännössä sovellettaessa anneta sijaa kriminaalipoliittiselle tarkoituksenmukaisuusharkinnalle. Vrt. Hyttinen 2015 s. 242 ja 244, joka huomauttaa, etteivät ainakaan kaikki kriminalisointiperiaatteista oikein istu lainsoveltamiseen. Esimerkkinä Hyttinen käyttää ajatusta vastaajasta vetoamassa syyttömyytensä puolesta siihen, ettei

rikosoikeusjärjestelmien eri tasojen välinen vuorovaikutus tahtoo usein unohtua hyvin yksipuoliseksi. Olen itse yrittänyt edellä korostaa sitä, että myös lainsäätäjän olisi hyvä (sinällään vaikka millaista ylevyyttä tai hyödyllisyyttä tavoittelevia) lakeja säätäessään muistaa, että lopulta joku voi hyvinkin joutua niiden johdosta myös kärsimään. Tätä ei utilitarismiin sitoutunut ”pragmaattis-rationaalinen” ajattelu tunnu kerta kaikkiaan käsittävän siitä yksinkertaisesta syystä, ettei kärsimys ole varsinainen tavoite. Eikä utilitarismi ole kiinnostunut muista kuin tavoitteista! Rikosoikeuden retributiivisen luonteen täysi unohtaminen lakeja säädettäessä onkin yhtä typerää kuin rikosoikeuden utilitaristisen luonteen kategorinen sivuuttaminen lakeja sovellettaessa.

Vuoden 2016 yleisten oppien esityksessään Melander ei kuitenkaan tyydy tähän. Melanderin mukaan *rikoksen* aineellinen määrittely on nykyisessä pluralistisessa ja moniarvoisessa yhteiskunnassa osoittautunut siinä määrin mahdottomaksi, että on ”tavallisempaa pyrkiä muotoilemaan rangaistavaksi säätämistä koskevia oikeudellisia rajoitteita, *kriminalisointiperiaatteita*”⁷¹³. Vaikkei kriminalisointiperiaatteiden kautta Melanderin itsensä mukaan ole edes mahdollista määritellä rikosta aineellisesti, ilmentävät ne kuitenkin hänen mielestään niitä tyypillisiä piirteitä, joita jokaisen rikokseksi määriteltävän teon tulisi sisältää. Ennen kaikkea oikeushyvien suojelun periaate kuvaa Melanderin mukaan tietyille teolle tai laiminlyönnille tyypillistä moitittavuutta.⁷¹⁴ Tällä tavoin perinteinen rikoksen aineellisten edellytysten ympärille kiertynyt keskustelu pyritään kääntämään aivan uusille urille. Melander korostaa oppikirjassaan rikosoikeuden ”perusoikeusherkkyyttä” sekä ”erittäin läheistä” suhdetta valtiosääntöoikeuteen, jonka puitteissa kysymysten selväpiirteinen erottelu rikos- tai valtiosääntöoikeudellisiksi ei enää ole tarpeen, mutta jossa asioiden tarkastelu perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta on sen sijaan välttämätöntä⁷¹⁵.

Oppikirjassa kriminalisointiperiaatteista käsin tapahtuva tarkastelu on kohonnut ”toiseksi perinteiseksi näkökulmaksi” rikosoikeudellisen järjestelmän oikeutuksen tarkasteluun yhdessä rangaistusteorioiden rinnalla. Käsittelyjärjestyksen ja

”rikosoikeus ole oikea keino puuttua hänen tekemisiinsä” (ultima ratio -periaate) tai että ”tuomitsemisen haitat ovat niin merkittäviä” (hyöty–haitta-vertailu). Itse en tällaisiakaan argumentteja lainsoveltamisesta kategorisesti sivuuttaisi, mutta pidän selvänä, etteivät ne ole kovinkaan painavia – tai *luontevia* – lainsoveltamisympäristössä. Ks. myös Aarnio 2006 s. 313, joka toteaa lain säätämisen ja soveltamisen rinnastamisen yleisemminkin tason ajatusvirheeksi perusoikeuspainotteisissa kannanotoissa.

⁷¹³ Ajatus siitä, että rikosoikeuden hahmottaminen rikoksen aineellisen määrittelyn sijaan kriminalisointiperiaatteista käsin olisi ”tavallisempaa” on nähdäkseni yksinkertaisesti virheellinen. Uskoakseni tämän voi todeta melko vaivattomasti vilkaisemalla muita kotimaisia rikosoikeuden yleisen osan yleisesityksiä (eli Melanderin esityksen ohella Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 ja Frände 2012). Ollessaan valmis näkemään asian eteen enemmän vaivaa, voi lukea ajatuksella läpi myös Melanderin oman oppikirjan. Niistä jokainen askartelee lopulta yhden ja saman kysymyksen parissa: miten rikosvastuun – eli *rikoksen* – ala määritellään. Kriminalisointiperiaateille, valtiosääntöoikeudelle sekä perus- ja ihmisoikeuksille annetaan niistä jokaisessa eri tavoin painoarvoa – Melanderin oppikirjassa selvästi eniten. Puhe Melanderin painottamien kriminalisointiperiaatteiden kautta ajattelemisen ”tavallisuudesta” on lähinnä retoriikkaa. Hyvin samanlaisia sanankäänteitä harrastaa myös Ari-Matti Nuutila omassa väitöskirjassaan. Esim. korostaessaan oikeusvaltiollisen rikosoikeusjärjestelmän suojaamisen oikeushyvien johtamista perus- ja ihmisoikeuksista Nuutila tukeutuu toistuvasti hyvin epämääräisiin ”nykyään katsotaan yhä useammin” -tyyppisiin ilmauksiin, joiden kohdalla useimmiten kyllä (ennemmin tai myöhemmin) viitataan myös ajatusten alkuperään. Varsin usein jää kuitenkin nostamatta kovinkaan selvästi esiin se, että monen muunkinlaisia ajatusmalleja olisi kyllä jo tuolloin ollut tarjolla – saati, että kyse on rikosoikeuden historian puitteissa hyvin tuoreista ajatuksista, joita enemmistö ei loppujen lopuksi välttämättä edes kannata. (ks. esim. Nuutila 1996 s. 82) ”Monet katsovat nykyään” -tyyppiset ilmaukset ovat keskeisessä roolissa myös Nuutilan kirja-arvostelussa Fränden vuoden 1994 rikosoikeuden yleisen osan oppikirjasta (Nuutila 1995b s. 489 ja 491). Tässä kohdin on syytä huomata, että edellä mainittu retorinen temppuili on mitä yleisintä oikeustieteen (ja aivan erityisesti lainopin) kaltaisessa vakuuttavuuteen tähtäävässä argumentaatiossa. Sitä löytynee kaikista lainopillisista teksteistä – omani mukaan lukien! Olennaista on se, ettei tällaiseen retoriseen peliin tulisi – ainakaan tietoisesti – lähteä mukaan. Se, ettei muutaman sivun kirja-arvostelussa voida tietenkään käydä läpi aihetta koskevia erilaisia näkökulmia, ei kuitenkaan tarkoita, että ”nykyään monien mielestä” -ilmaisuille kannattaisi antaa juuri argumentatiivista arvoa. *Caveat lector!*

⁷¹⁴ Melander 2016 s. 1–2.

⁷¹⁵ Melander 2016 s. 8, 12–14 ja 19. Virkaanastujaisesityksessään Melander 2018 s. 574–575 totesi tutkimukselliseksi näkökulmukseen ylipäänsäkin pyrkimyksen korostaa rikosoikeuden kytkentää valtiosääntöoikeuteen (ja ennen muuta yksilön perus- ja ihmisoikeuksiin), mitä hän perustelee rikosoikeuden erityisellä perusoikeusherkkyydellä.

sivumäärien valossa kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset ovat kuitenkin kohonneet rangaistusteorioiden ohi. Väitöskirjan tavoin kriminalisointiperiaatteiden vaikutus ei rajoitu rikostunnusmerkistöjen valmisteluun ja säätämiseen, vaan ne vaikuttavat myös tunnusmerkistöjen soveltamiseen. Koska kriminalisointiperiaatteet saavat sisältönsä perusoikeuksista, on kyse ”pääasiassa perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä tulkinnasta”.⁷¹⁶ Rangaistusteorioiden osalta Melander yhdistää sovitusteoriat 1900-luvun alkupuoliskon käsitelainoppiin ja yhdysvaltalaiseen rikosoikeustieteeseen todeten teorioiden yleiseksi ongelmaksi sen, etteivät ne menneisyyteen suuntautuvina ”juuri kykene asettamaan rajoituksia rikosoikeudellisen järjestelmän käytölle” – rangaistuksen oikeutus kun seuraa automaattisesti tehdystä rikoksesta!⁷¹⁷ Positiivinen (tai välillinen) yleispreventio sekä tähän Melanderin mukaan yhteisiä piirteitä omaavat kommunikatiiviset teoriat eivät saa osakseen vastaavia varauksia, vaan näyttäisivät luovan pohjan Melanderin ymmärtämälle rikosoikeuden tarkoitukselle⁷¹⁸. Tämä edellyttää kuitenkin tulkintaa, koska oppikirjalle ominaiseen tyyliin rikosoikeuden varsinaisen perustelemisen sijaan tyydytään lähinnä vain muutaman rangaistusteorian esittelyyn.

Melanderin yleisten oppien esitys on kirjoitettu samasta näkökulmasta kuin hänen väitöskirjansakin: *rikosoikeusjärjestelmän käyttö ja oikeuttaminen* yhdistetään yksinomaan kriminalisointeihin. Kysymys rikoksen määrittelystä ei ole kiinnostava, koska olennaista on toiminnan rikokseksi säätämisen hyväksyttävyys. Sovitusteoria ei voi rajoittaa rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöä⁷¹⁹, koska se kiinnittää huomionsa menneisyyden rikokseen. Tässä kohtaa on syytä todeta, että ajatus sovitusteorian kyvyttömyydestä rajata rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöä on täysin päinvastainen *tavanomaisen* kotimaisen ajattelutavan kanssa, joka katsoo preventionäkökohtien oikeuttavan rankaisemisen ja retribuitionäkökohtien puolestaan rajoittavan sitä. Melanderin oppikirja ei olekaan ”tavanomaista” rikosoikeutta, vaan jotain perustavanlaatuisesti uutta!⁷²⁰

⁷¹⁶ Melander 2016 s. 19–20. Kriminalisointiperiaatteita ja perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä käsitellään s. 20–28 ja rangaistusteorioita s. 28–34, joista s. 32–34 on varattu ”rangaistusteorioille eurooppalaisessa ja kansainvälisessä rikosoikeudessa”.

⁷¹⁷ Melander 2016 s. 29–30. Sovitusajattelu nousee kuitenkin esiin niin EU-rikosoikeuden kuin kansainvälisen rikosoikeudenkin yhteydessä (s. 33–34). Tältä osin jää kuitenkin pitkälti auki, millaisen merkityksen Melander katsoo tälle voitavan antaa esim. rikosvastuuta Suomessa pohdittaessa.

⁷¹⁸ Melander 2016 s. 30–32.

⁷¹⁹ Juuri alati laajenevan rikosoikeuden suitsiminen ja rajoittaminen ja tästä aiheutuvaan fragmentaatiokehitykseen vastaaminen ovat Melanderille hyvin tärkeitä teemoja. Esim. Melander 2007 erit. s. 203–206 hän pyrkii hahmottelemaan keinoja löytää koherenssia ja vakautta alati monimutkaistuvassa rikosoikeuden maailmassa. Tällaiseksi löytyy Harold J. Bermanin ajatus ”integratiivisesta juridiikasta” (ks. Berman 1988 s. 797–801 ja myös Berman 2005 s. 21–24), jossa Berman pyrkii yhdistelemään oppeja oikeusfilosofian kolmesta klassisesta koulukunnasta: oikeuspositivismista, luonnonoikeudesta sekä historiallisesta koulusta. Valitettavasti Melander pelkistää luonnonoikeuden yksinomaan perus- ja ihmisoikeusajatteluksi ja historiallisen koulunkin käsittely jää melko ylimalkaiseksi puheeksi tradition merkityksestä.

⁷²⁰ Siinä missä nimenomaan *kriminalisointeihin* keskittyvän väitöskirjan saattoi ihan hyvin perustein todeta tukeutuvan rikosoikeuden traditioihin (kuten vaikkapa vastaväittäjä Lahti toteaa 2009 s. 491–492), ei näin voi enää yleisten oppien oppikirjan osalta sanoa. Vrt. vaikkapa Frände 2012a s. 47, joka antaa rikosoikeudessa ratkaisevan roolin *tuomioistuimille* sääntöjä ja periaatteita tulkitsevana ja systematisoivana – siis voimassa olevan oikeuden luovina – tahoina. Kuvaavaa on lisäksi se, että Melanderin kirjassa rikossäännöksiin kirjatut rikostunnusmerkistön osatekijät käsitellään ennen rikoksen yleistä rakennetta (Melander 2016 s. 95–105). Melander kyseenalaistaa suoraan koko rikoksen rakennemallin tarpeellisuuden viitaten oikeuslähdeopin tilannesidonnaisuutta perinteisen staattisuuden sijaan korostavaan kehitykseen, ja todeten vastaavan kehityksen ”voivan olla todennäköistä” myös rikoksen rakenneopin saralla (s. 103–104). Melanderin rikoksen rakenneopillisesta käsityksestä ks. myös Melander 2013c, jossa hän erittelee rakennemallille ”ainakin” kolme merkitystä: 1) lainopillinen merkitys (eli hahmotelma rikosvastuun yleisten edellytysten kokonaisuudesta, jossa eri osatekijät saavat asemansa ja merkityksensä, vaikkakin esim. yritys ja osallisuus jäävät yleensä sen ulkopuolelle), 2) heuristinen (ja pedagoginen) merkitys (eli vastuun osatekijöiden pelkistäminen analylyttiseksi ja helposti omaksuttavissa olevaksi rakennelmaksi) sekä 3) kriminaalipoliittinen merkitys (, joka näyttäisi viittaavan lähinnä siihen, kuinka eri osatekijöille annettu merkitys vaikuttaa rikosoikeudellisen päätöksenteon lopputuloksiin) (s. 69–70). Kysymyksenasettelu rakennemallin merkityksestä ja sitä kautta tarpeellisuudesta (tai hyödyllisyydestä) on mitä *funktionalistisin*. Vrt. esim. Koskinen 2004, joka niin ikään pohtii rakennemallin erilaisia merkityksiä ilman, että kuitenkaan edes kyseenalaistaisi sen tarpeellisuutta. Koskisel se nyt vain on rikoksesta ajattelemisen

Niin Nuutilan, Tolvasen kuin Melanderinkin perus- ja ihmisoikeuslähtöinen ajattelu rakentuu lopulta varsin samankaltaisten ajatusmallien varaan. Olennaista on se, että perus- ja ihmisoikeudet tuodaan rikosoikeuteen nimenomaan oikeushyväoppien ja kriminalisointiperiaatteiden kautta. Erilaisten suojelun kohteena olevien oikeushyvien varaan virittyvä ajattelu on *funktionaalista, instrumentaalista ja teleologista* – halutessaan sitä voi luonnehtia myös vaikkapa ”pragmaattis-rationaaliseksi”. Kyse on siitä, ettei rikosoikeudella ole itseisarvoa, vaan *tarkoitus*, joka siis kiteytyy ennen kaikkea oikeushyvien suojaamiseen⁷²¹. Oikeushyvät – oikeudelliset intressit – on mitä luontevinta kytkeä oikeusjärjestelmämme perustavanlaatuisiin arvoihin, jotka vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen myötä on vieläpä tavallaan nimenomaisesti luetteloitu perusoikeussäännöksissä⁷²² – puhumattakaan lukuisista ihmisoikeusartikloista. Tätä kautta usein hyvin epämääräisenä pidetty oikeushyväkeskustelu on mahdollista kiinnittää oikeustieteen sisäisen diskurssin sijaan poliittisen järjestelmän demokraattisen päätöksentekoprosessin myötä kiteyttämiin arvoihin ja tavoitteisiin, joiden auktoritatiivinen painoarvo oikeusjärjestelmässämme on jotain aivan muuta kuin vaikkapa yksittäisten oikeustieteilijöiden kannanottojen. Niin Nuutila, Tolvanen kuin Melanderkin ovat korostaneet perus- ja ihmisoikeuksia heijastelevien kriminalisointiperiaatteiden varaan rakentuvan ajattelumallin ulottamista rikoslainsäätämisestä myös lainkäyttöön.

Mielenkiintoisen vertailukohdan edellä mainittuihin rikosoikeuden piirissä esitettyihin perus- ja ihmisoikeusvetosiin ajattelumalleihin tarjoaa Juha Karhun teos *Uusi varallisuus oikeus* (2000), jossa Karhu pyrkii niin ikään rakentamaan perusoikeuksien läpäisemän, joskin tällä kertaa varallisuus oikeudellisen mallin – omien sanojensa mukaan kokonaistarkistamaan varallisuus oikeuden yleiset opit kehittämällä niitä ”perusoikeusmyönteisen systematisoinnin” lähtökohdista – *virittämään yleiset opit perusoikeusaallonpituudelle*⁷²³. Juuri perusoikeusjärjestelmä (kokonaisuudessaan) tarjoaa Karhun esityksessä varallisuus oikeusjärjestelmän ytimen ja ”juridisen esiympäristön”, jonka kautta varallisuus oikeus on muutettavissa ”kokonaisuudessaan sisällöllisesti perusoikeusherkäksi”⁷²⁴. Perusoikeusjärjestelmän sitominen osaksi varallisuus oikeutta tapahtuu perinteisten varallisuus oikeudellisten perusinstituutioiden välityksellä. Karhu puhuu varallisuus oikeuden ”*ordre public intern* -alueesta”, jonka muodostavat kolme kieltonormistoa: *hyvän tavan vastaisuuden, kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen sekä oikeuden väärinkäytön* kiellot. Tämä ”muuntokriteeristö” toimii Karhun esityksessä ”yhdyssiteenä”, jonka kautta perusoikeusjärjestelmän normatiivis-sisällöllinen aines,

(systemaattinen) tapa. Ks. myös Frände 2012d s. 17: ”Brottsbegreppet är ett av straffrättens grundbegrepp. Vill man säga något om straffrätten kommer man inte undan begreppet i fråga.”

⁷²¹ Nuutilan ja Tolvasen ajattelua on tarkasteltu jo edellä kriminaalipoliittisen suuntauksen yhteydessä. Melanderin osalta voidaan viitata vaikkapa tapaan jolla hän aloittaa juuri oikeushyvien suojelun periaatteen käsittelyn: ”Rangaistussäännöksen olemassaolo ei voi itsessään olla perustelu rikosoikeudellisen järjestelmän käyttämiselle tietyssä tapauksessa. On itsestään selvää, että lainsäädäntötoimi on seurausta jostain. Toisin sanoen lainsäädäntötoimelle tulee olla tietty syy.” Tällä Melander viittaa ”rikosoikeudellisen järjestelmän käytön hyväksyttävän tarkoitussidonnaisuuden vaatimukseen”. Kyse on siitä, että ”(r)ikosoikeudellisen järjestelmän käytön tulee jokaisessa yksittäistapauksessa olla sidottu tiettyyn tarkoitukseen”. Ja tämän tarkoituksen olisi tietysti oltava sisällöllisesti hyväksyttävä. (Melander 2008a s. 327–328)

⁷²² Ks. esim. Melander 2008a s. 89–90, joka katsoo, että pelkästään nykyisellä perusoikeuksiin liittyvällä käsitteistöllä olisi ollut mahdollista päästä täysin samanlaiseen lopputulokseen kuin mihin jo KM 1976:72 oikeushyväopin kannalta keskeisessä elämäntilanteissa päättyi. Joka tapauksessa Melander toteaa rikosoikeuskomitean näkemyksen rangaistussäännöksistä perusoikeuksien suojana selkeäksi, nimenomaisesti ja 1970-luvun Suomessa myös urauurtavaksi.

⁷²³ Pöyhönen 2000 s. ix ja 73.

⁷²⁴ Pöyhönen 2000 s. xiv, 23–26 ja 152.

ja oikeudellis-eettinen horisontti, ovat siirrettävissä osaksi varallisuus oikeutta, ja perusoikeudet siis integroitavissa varallisuus oikeuteen.⁷²⁵

Karhun strategia⁷²⁶ on monella tapaa lähellä Nuutilan, Tolvasen ja Melanderin esityksiä, joissa perusoikeusjärjestelmä siis tuotiin osaksi rikosoikeutta niin ikään rikosoikeuden perinteisten instituutioiden – *oikeushyväopin* ja *kriminalisointiperiaatteiden* – kautta. Olennaisena ja nähdäkseni juuri strategisena (ja itseäni korkeavana) erona on kuitenkin se, että siinä missä Karhu lähtee ennakkoluulottomasti ja ennen kaikkea *avoimesti* luomaan jotakin ”uutta”, kääntyy puhe etenkin Nuutilan ja Melanderin esityksissä kerta toisensa jälkeen siihen, kuinka ”moderni rikosoikeus” itse asiassa jo on sellaista, miksi he sen esittävät – ja näin asioista nyt vain jo ajatellaan – tai siis ainakin ”modernisti” ajatellaan. Siinä missä Karhu ehdottaa lukijalleen uutta ajattelumallia, kertovat Nuutila ja Melander, miten fiksut – joskin useimmiten epämääräiseen passiiviin jäävät, mutta kuitenkin ah niin ihmeellisen *modernit* – ihmiset itse asiassa jo ajattelevat. Palaan tähän positivismiin yhdistämäni vakuuttelustrategiaan hetken kuluttua, mutta ensin on vielä tarkasteltava muitakin rikosoikeudesta sekä perus- ja ihmisoikeuksista ajattelemisen tapoja.

2.2.4.3 Perus- ja ihmisoikeudet sekä ei-niin-valtiosääntöistynyt rikosoikeus

Perus- ja ihmisoikeuksia ei tietystikään ole millään tapaa välttämätöntä saattaa osaksi rikosoikeudellista järjestelmää juuri kriminalisointiperiaatteiden tai oikeushyväoppien kautta. Eikä niille myöskään ole välttämätöntä antaa yhtä keskeistä roolia rikosoikeudellisen järjestelmän rakentamisessa kuin vaikkapa Melander oppikirjassaan tekee.

Perusoikeusuudistuksen rikosoikeudellista merkitystä pohtinut Raimo Lahti otaksui vuonna 1996 uusien perusoikeuksien – ja valtiosääntöoikeuden ylipäänsäkin – saattavan merkitä hyvin monenlaisia vaikutuksia rikosoikeuteen. Ulkomaisten (erityisesti kai saksalaisten) kokemusten pohjalta Lahti ennakoii tämän tapahtuvan ennen kaikkea siten, että jo olemassa oleviin rikosoikeudellisiin periaatteisiin liittyvän argumentaation osalta voidaan tukeutua myös perus- ja ihmisoikeuksiin. Lahden esitys kiertyy lähinnä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ympärille, jonka osalta vuoden 1995 perusoikeusuudistus merkitsi siis ensimmäistä nimenomaista säännöstä asiasta, joka jo mitä suurimmassa määrin kuului rikosoikeuteen.⁷²⁷ Yksittäisiä perusoikeussäännöksiä merkittävämmäksi seikaksi Lahti nostaa oikeuskulttuurillisen muutoksen, jossa perus- ja ihmisoikeusajattelu tarjoaa rikosoikeudelle uudenlaista argumentaatiopohjaa verrattuna perinteiseen moraalifilosofian ja (kriminaali)politiikan varaan rakentuvaan ajatteluun. Tältäkin osin Lahti kytkee

⁷²⁵ Pöyhönen 2000 s. 86–109, 132, 135 ja 192–193. Karhu ymmärtää perusoikeudet oikeuden, moraalien ja politiikan leikkauspisteessä sijaitseviksi ja ylipäänsä kaikille oikeudenaloille yhteiseksi oikeudellis-eettiseksi horisontiksi. Niiden kautta (ja siis niihin yhdistetyt) varallisuus oikeuden normit ovat aina avoimia yhteiskunnan politiikan ja moraalien muutoksille. (s. 135) Perusoikeusjärjestelmän on tarkoitus olla oikeuden yleinen perusta kaikilla oikeudenaloilla. Juuri tästä on kyse Karhunkin perusoikeuksiin liittäessä ”läpäisyvaatimuksessa”. (s. 26)

⁷²⁶ Tältä osin on toki huomattava edellä hahmotellun vain Karhun esityksen keskeiset lähtökohdat. Perus- ja varallisuus oikeusjärjestelmien integroiminen ei tietystikään onnistu pelkkien varallisuus oikeuden perusinstituutioiden nimeämisen kautta, vaan Karhu joutuu lisäksi kehittämään paitsi moniaineksista perusoikeusjärjestelmää koossapitäviä sidosperiaatteita (tai ”metaperiaatteita”) (Pöyhönen 2000 s. xiv ja 72–78) myös perusoikeusjärjestelmästä lopulta varallisuus oikeuteen välittyviä yleisiä oikeusperiaatteita (s. xv ja 131–134). Juuri erilaiset *periaatteet* ovatkin olennainen osa sitä kontekstuaalista ja tilannekohtaista oikeusajattelua – *tilanneherkkää juridiikkaa* ja *oikeudellista tilannetajua* –, jota Karhu loppujen lopuksi teoksellaan kehittää (ks. erit. s. 28–30 ja 191–200).

⁷²⁷ Lahti 1996 erit. s. 930–931. Laillisuusperiaatteen vankasta asemasta kotimaisessa rikosoikeudessa ks. Frände 1989.

perus- ja ihmisoikeudet osaksi jo olemassa olevia ”peruseriaatteita”, joita Lahden omassa terminologiassa edustavat *oikeudenmukaisuus* ja *humaanisuus*.⁷²⁸

Olennaista on se, että Lahti liittää perus- ja ihmisoikeudet osaksi jo olemassa olevaa rikosoikeudellista ajatusmaailmaa. Hyvin samantapaisesti Kimmo Nuotio on yleisestikin arvellut perusoikeuksien ”tuomisen” laintulkinnan asiayhteyteen voivan tuskin merkitä kokonaan uuden näkökulman avaamista johtuen siitä, että eri oikeudenalojen yleisiin oppeihin ja muuhunkin lainoppiin on luultavimmin kiteytynyt jo valmiiksi runsaasti samansuuntaisia arvolähtökohtia. Nuotiolle perusoikeudet – aivan samoin kuin yleiset opitkin – ilmentävät oikeudellisen muutoksen hitausvoimia. Yleisiin oppeihin sisältyy jo sellaista ”arvoviisautta”, jonka arvo ei katoa uusissakaan oloissa.⁷²⁹ Nuotio on suorastaan varoitellut uudenlaisessa perusoikeusajattelussa piilevästä näennäisobjektiivisuuden vaarasta, joka realisoituu johdettaessa perusoikeuksista tulkintakannanottoja havaitsematta samalla niiden konstitutiivisuutta – ja sitä, kuinka erilaiset tavoiteperiaatteet ja policy-tarkastelut ovat mukana myös periaatekeskustelussa. Nuotio painottaa, ettei perusoikeuksien ole mitään syytä uskoa olennaisissa määrin poistaneen oikeutta koskevan tietomme epävarmuutta ja rajallisuutta.⁷³⁰

Kyse on painotuseroista, jotka ilmenevät Lahden ja Nuotion ajattelussa eräänlaisena varovaisuutena, jota voinee halutessaan nimittää niin konservatiivisuudeksi kuin kultaisen keskitien hakemiseksikin. Lienee täysin selvää, ettei rikosoikeus ole koskaan tullut toimeen ilman jonkinlaista käsitystä ihmisestä ja myös tämän arvosta (tai arvottomuudesta). Ihmisiä heidän toimiensa pohjalta rankaiseva oikeudenala yksinkertaisesti askartelea näiden teemojen parissa jatkuvasti! Hyvän esimerkin tarjoaa Reino Ellilän jo mainittu vuodelta 1960 peräisin oleva teksti *Ihmisarvo ja yksilön vapauden turva rikosoikeudessa*, jossa otsikon mukaisia teemoja kyetään pohtimaan ilman yhdenkään ihmisoikeusasiakirjan mainitsemista toiseksi viimeistä ja puolen sivun mittaista tekstikappaletta lukuun ottamatta. Samalla on syytä huomata Ellilän tekstin avoimen vanhoillinen ja kansallinen sävy. Ellilä korostaa heti alusta asti, ettei näe mitään syytä lähteä (ainakaan siis rikosoikeuden saralla) mukaan vierasperäisiin ja uusiin virtauksiin, tai jonkun arvovaltaisenkaan tutkijan

⁷²⁸ Lahti 1996 s. 939. Ks. myös Lahti 1994 s. 8 ja myös 17, jossa perus- ja ihmisoikeusajattelu sekä kansainväliset asiaa koskevat sopimukset ja käytännöt liitetään ennen kaikkea rikosoikeuden *humaanisuuteen*.

⁷²⁹ Nuotio 2005b s. 134 ja 136. Ks. myös Nuotio 2004a s. 1270 ja Nuotio 2001 s. 22–25. Ks. edelleen Helin 2017 s. 906, joka huomauttaa perusoikeussäännöksiin kiteytyneiden arvojen löytyvän tavallisesti jo muualta oikeusjärjestyksestä – missä niitä on jo ennen perustuslakiin kodifioimista koeteltu monissa liemissä. Helin huomauttaa lainoppineiden halunneen aina työkaluja, joiden avulla laki voidaan työntää hiukan etäämmälle. Supernormeihin vetoaminen on tähän tarkoitukseen käsitelainopin ja analyttisen realismin keinoja tehokkaampi, minkä Helin epäilee selittävän siviilioikeuden tutkimuksessa toisinaan esiintyvää löyhää perusoikeusargumenttien käyttöä. Ks. myös Tuori 2003 s. 940, joka esittää ns. ”tuomarivaltioistumisen” pidäkkeeksi perusoikeusperiaatteiden vaikutuksen kytkemisen kunkin oikeudenalan *omiin* periaatteisiin – ja siis näin vaikutuksen tekemisen välilliseksi. Oikeusjärjestyksen konstitutionalisoitumisen ei Tuorin mukaan tulisikaan johtaa niinkään eri oikeudenalojen yleisperiaatteiden korvaamiseen perusoikeusperiaatteilla, vaan pikemminkin oikeudenalojen omien periaatteiden justifikaation ja institutionaalisen tuen vahvistamista perusoikeuskytkenällä. Samoin Norr 2019 s. 373 ja 385 toteaa valtaosan perusoikeusjärjestelmän ilmentämistä arvoista ja tavoitteista jo sisäinrakennetuiksi yksityisoikeuteen. Perusoikeuksilla argumentointi merkitseekin hänelle oikeudenalan ”*olemassa olevien valtiosääntöoikeudellisten ulottuvuuksien* ajanmukaista oikeudellista konkretisointia”. Esim. perusoikeuksien ns. horisontaalivaikutus rikastaa ja tukee Norrin mukaan sopimus oikeudellista harkintaa korostaen näin mahdollisimman kokonaisvaltaista näkökulmaa.

⁷³⁰ Nuotio 2000 s. 33. ”Aikana, jolloin rikosoikeuden ja perusoikeuksien yhteyttä ei ole korostettu, vaan rikosoikeutta on pidetty ’itsenäisenä’ oikeudenalana, oikeusperiaatteet ovat saaneet kantaa perusoikeusulottuvuutta.” (Nuotio 1998 s. 527, ks. myös s. 34 ja 92–93). Samantapaisesti myös Aarnio 2006 s. 310–311, joka huomauttaa mm. yksilön itsemääräämisoikeuden ja yhdenvertaisuuden kuuluneen oikeusjärjestyksen perusteisiin jo (vuosisatoja) ennen perusoikeus uudistusta ja kysyy suoraa, missä määrin esim. perusoikeusmyönteinen laintulkinta merkitsee polkupyörän keksimistä uudelleen. Ks. vielä Siltala 2003 s. 571, joka huomauttaa perustuslain käsittämän yleisen perusoikeusjärjestelmän ja yksittäisten oikeudellisten tulkintakannanottojen väliin jäävän aina joukko välittäviä tekijöitä teoreettisen lainopin omaksuman oikeudellisen käsitesystematiikan sekä tulkintalainopin omaksumien yleisten ratkaisustandardien muodostaman kokonaisuuden merkityksessä, joita ilman yksittäisten perusoikeuksien normatiivinen vaikutus ei voisi ulottua tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien yksittäisiin soveltamisratkaisuihin asti.

uutuusmuotoisiin äärimmäisyyslinjoihin. Sen sijaan Ellilä tähtää ”oikeasuhtaiseen uudistusmielisyyteen” ja ”kultaiseen keskitiehen”.⁷³¹ Tällaisia (ainakin siis omasta mielestään) kohtuuden ja järjen ääniä edustavia kannanottoja on perus- ja ihmisoikeuksien kasvattaessa rooliaan esitetty tietysti myös muilla oikeudenaloilla. Yhdistävänä tekijänä on usein nimenomaan pelko siitä, että jotain jo olemassa olevaa ollaan heittämässä hukkaan. Yleensä tämä olemassa oleva merkitsee eri oikeudenalojen yleisiä oppeja tai ylipäänsä ”traditiota”.⁷³²

Kotimaisen rikosoikeuden saralla painavin puheenvuoro nimenomaan rikosoikeudellisen tradition kunnioittamisesta perus- ja ihmisoikeuksien kasvattaessa merkitystään lieene Tatu Hyttisen väitöskirja *Syytön tai syyllinen* (2015), jossa Hyttinen lähtee muodostamaan otsikkonsa mukaiselle syyllisyyskysymykselle teoreettista hahmotustapaa taustakysymyksenään nimenomaan se, *kuinka oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus voidaan optimoida tilanteissa, joissa tuomari operoi yhtäältä rikoslain ja toisaalta perus- ja ihmisoikeuksien leikkauspisteessä*. Hyttisen tavoitteena on toisin sanoen rakentaa teoreettinen (paikoin ehkä filosofinenkin) perusta sille, miten perus- ja ihmisoikeussensitiivisyys olisi tuotavissa osaksi rikoslaintulkintaa, ja vielä tarkemmin juuri tuomioistuimissa tapahtuvaa lainsoveltamista. Kuten Hyttinen huomauttaa, oli kotimaisen (kansainvälisestä näkökulmasta jopa erityislaatuisten voimakkaan) valtiosääntöistymis- sekä perus- ja ihmisoikeuskeskustelun huomio vielä tuolloin keskittynyt lähinnä rikoslain säätämiseen, ja siis tähän liittyviin rajoihin ja velvoitteisiin. Vuonna 2015 Hyttinen suuntasikin huomionsa nimenomaisesti lainsoveltamiseen puhuen perus- ja ihmisoikeuskulttuurin ”toisesta aallosta”.⁷³³ Ja heti seuraavana vuonna Sakari Melander julkaisi jo käsitellyn perus- ja ihmisoikeuksilla ”läpäisemänsä” rikosoikeudellisen vastuuopin yleisesityksen.

Käytännössä Hyttinen esittää mallit perus- ja ihmisoikeussensitiivisestä rikosoikeudellisesta oikeuslähdeopista (luku 5), perus- ja ihmisoikeussensitiivisestä syyllisyysratkaisujen tekemisen metodista (luku 6) sekä vielä edellisten nojalla tuotettujen ”kiperien” syyllisyysratkaisujen epistemologisesta legitimiisyydestä (luvut 7 ja oikeastaan myös 8)⁷³⁴. Oikeuslähdeoppinsa Hyttinen muotoilee kaksijakoiseksi ja avoimen paradoksaaliseksi; oikeuslähteet ja niiden keskinäinen hierarkia muodostuu

⁷³¹ Ellilä 1960. Ihmisarvo-käsitteen epämääräisyydestä ja monitulkintaisuudesta, joka on luonut tarpeen nimenomaisesti ”oikeudelliselle ihmisarvotutkimukselle” ks. vaikkapa Niemi 2019b. Ks. myös ihmisarvon käsitteestä yhtenä tapana jäsentää teoreettisesti ihmisoikeuksien monisista kokonaisuutta Niemi 2019a. Rikosoikeuden kannalta ks. Melander 2008b. Ks. vielä Kolehmainen 2020, joka virittelee teoreettis-filosofista keskustelua siitä, olisiko ”ihmisyden arvosta” jonkinlaisiksi koko materiaalsen oikeusjärjestelmän taustaksi.

⁷³² Esim. Tuula Linna 2013 s. 137 ja 147 toteaa yhä uusia alueita paaluttavien ihmisoikeuksien tulleen syytetyksi eri oikeudenalojen yleisten oppien sotkemisesta ja kansallisen oikeustradition tarvelemisesta. Linna itse kertoo puoltavansa ”järkiperäistä ihmisoikeuksien kehittämistä”. Esim. Jaakko Husa on peräänkuuluttanut ymmärtääkseni samantapaista ”traditionsensitiivisyyttä” (ks. Husa 1999 s. 298). Eräänlaisena perusoikeusvillitystä suitsivana puheenvuorona ks. myös Kurki 2015, jossa asetetaan puolustamaan analyyttisen teorian (tässä tapauksessa siis Hohfeldin neljään binääriin käsittepariin perustuvan analyysijärjestelmän) paikkaa ja käyttökelpoisuutta (tai suoraan erinomaisuutta) aikana, jolloin perusoikeuslähtöinen ajattelu ja erilaisten soft law -instrumenttien merkityksen kasvu on (ainakin Kurjen kokemuksen perusteella) vähentänyt oikeustieteilijöiden kiinnostusta ”puhtaan” analyyttisiin ja usein formaaliin logiikkaan perustuviin työkaluihin (erit. s. 434 ja 457–458). Todettakoon, ettei Kurki näe mitään estettä soveltaa Hohfeldin teoriaa myös rikosoikeuden piirissä – kunhan ”korrelatiivisuuden tietyt heikot kohdat” vain ymmärtää (s. 458).

⁷³³ Hyttinen 2015 s. 15, 18, 33, 40 sekä 212. Muodollisen rikoslain sekä sisällöllisten perus- ja ihmisoikeuksien vastakkainasettelusta kertoo myös Hyttisen tapa jäsentää keskeiset väittämänsä: 1) perus- ja ihmisoikeussensitiiviset syyllisyyskysymykset ovat arvossensitiivisiä, 2) niihin kaikkiin ei ole yksiselitteisiä ratkaisuperusteita, joten 3) laillisuusperiaatteen tausta-arvot, oikeusturva ja rikoslain soveltamisen ennakoitavuus ovat vaarassa (s. 18). Itse tutkimuskysymyksensä Hyttinen jäsentää neljään osatekijään: hän tarkastelee 1) teoreettisesti, 2) konkreettista lainsoveltamista tilanteissa, jossa 3) tuomari ratkaisee syyllisyyskysymystä 4) rikoslain ja perus- ja ihmisoikeuksien leikkauspisteessä (s. 21).

⁷³⁴ Aivan kuten Hyttinen 2015 s. 231 huomauttaa, kyse on kokonaisuudesta; oikeusteoreettisia sitoumuksia, oikeuslähdeoppia ja lain soveltamisen metodia ei voi syyllisyysratkaisusta keskusteltaessa erottaa toisistaan, vaan se, miten rikosoikeuteen sitoutuminen ymmärretään, vaikuttaa olennaisesti oikeuslähdeopilliseen ymmärrykseen, ja tämä puolestaan edelleen olennaisesti siihen, miten syyllisyyskysymyksissä voidaan argumentoida.

erilaiseksi riippuen siitä, ollaanko tekemässä syyksilukevaa vai vapauttavaa ratkaisua!⁷³⁵ Syyllisyysratkaisun metodologia jäsentyy puolestaan kolmiportaiseksi: Rikostunnusmerkistön osoittautuessa tapauksessa yksiselitteiseksi tehdään *rutiiniratkaisu*. Muussa tapauksessa pyritään sanamuodon mukaisen, systemaattisen ja lainsäätäjän tahdon mukaisen tulkinnan perusteella *tulkintaratkaisuun*. Mikäli tämäkään ei onnistu, jää jäljelle teleologis-arvosensitiivisen *punnintaratkaisun* tekeminen. Viimeisen vaihtoehdon osalta Hyttinen hahmottelee rikosjuttua ratkaisevan tuomarin käyttöön R. M. Haren preskriptiivisen moraalifilosofian sekä oikeudellisten argumentaatioteorioiden rationaalisen konsensuksen pohjalta ”*kriittisen harkinnan metodin*”. Olennaista on se, että punnintaratkaisu on viimesijainen, eikä Hyttisen terminologiassa nimenomaisesti siis laintulkintaa ollenkaan.⁷³⁶ Lopuksi Hyttinen tarvitsee vielä kerran rationaalisen konsensuksen teoriaa perustellakseen rikostuomioiden legitimiisyyden – ennen kaikkea siis tilanteissa, joissa ratkaisu ei ole selvä, vaan edellyttää tulkintaa tai jopa punnintaa. ”Oikeudellisten argumentaatioteorioiden filosofisen evoluution” (Habermas, Rawls, Alexy, Aarnio, Peczenik, ja myös Hare) pohjalta Hyttinen perustaa rikostuomioiden legitimiisyyden lopulta ihmisten keskinäisiin ja jaettuihin asenteisiin; ”kiperienkin” juttujen tuomiot ovat legitimejä niin kauan kuin ihmiset ne sellasiksi kokevat!⁷³⁷

Hyttisen esitys on nähdäkseni jo vuosikausia kaivattu kunnianhimoinen yritys jäsentää perus- ja ihmisoikeuksien vaikutusta rikosoikeudellisessa lainsoveltamis- ja tulkintatoiminnassa pelkkien iskulauseiden sijaan teoreettis-filosofisella tasolla – samoin kuin Melanderin vuoden 2016 oppikirja yleisten vastuuoppien saralla. Ensimmäisenä tällaisena yrityksenä se on tietysti monilta osin toki myös luonnosmainen⁷³⁸. Uskoakseni perus- ja ihmisoikeuksia painottava ajatussuuntaus tarvitsee nimenomaan tämänkaltaisia esityksiä. Ne tarjoavat korvaamattoman

⁷³⁵ Hyttinen 2015 s. 147–166 (erit. s. 156 ja 165 kuviot) ja 194–195. Olennaista Hyttisen oikeuslähdeopissa on rikoslain aseman painottaminen siten, että kaikki ratkaisut (ja siis etenkin syyksi lukevat sellaiset) on lopulta palautettavissa rikoslain tunnusmerkistöjen täyttymiseen tai täyttymättä jäämiseen. Tämä edellyttää varsin monimutkaista käsiteapparaattia, jossa Hyttinen erottaa a) ”varsinaiset ratkaisuperusteet” (langettavassa tuomiossa vain rikoslaki / vapauttavassa tuomiossa myös perus- ja ihmisoikeusargumentit, maan tapa ja EU-oikeus), b) ”muista ratkaisuperusteista”, joiden Hyttinen korostaa vain täsmäntävän edellisiä. Tarkemmin ottaen Hyttinen jakaa jälkimmäiset vielä b1) ”vahvaa institutionaalista tukea” nauttiviin ”heikosti velvoittaviin” (lakien esityöt ja (kotimainen) oikeuskäytäntö) ja b2) sellaista nauttimattomiin, mutta kuitenkin ”sallittuihin” muihin ratkaisuperusteisiin (esim. tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat, reaaliset argumentit ja oikeustieteelliset kannanotot) sekä vielä b3) tuomarin harkintaan tosiasiaa vaikuttaviin seikkoihin, joihin ei Hyttisen mukaan kuitenkaan tuomion perusteluissa saa nimenomaisesti vedota (”puhdas” arvoargumentaatio). Teoreettisemmalla tasolla Hyttinen erottaa rikostunnusmerkistöjen ”*pätevyyden*” (tai ”yleisen voimassaolon”) niiden ”(konkreettisesta) *voimassaolosta*”. Ensimmäisen Hyttinen sitoo yksinomaaisesti muodolliseen kriteeriin siitä, että tunnusmerkistö on saatettu rikosoikeusjärjestelmän sisäisesti voimaan, eli on lailla säädetty. Jälkimmäisen osalta Hyttinen edellyttää sen sijaan edellisen pätevyyden ohella niiden tosiasiallista soveltamista tuomioistuimissa sekä tähän soveltamistoimintaan sisältyviä arvoja. (s. 131–139 ja 174) Kyseisen teoreettisen kahtiajakonsa avulla Hyttinen näyttäisi ajattelevan voivansa oikeuslähdeoppinsa osalta väittää jokaisen (ainakin siis syyksi lukevan) tuomion perustuvan voimassa olevaan rikostunnusmerkistöön, jonka *voimassaoloa* tai *-olemattomuutta* erinäiset muut oikeuslähteet (tai ratkaisuperusteet) vain tukevat tai horjuttavat (erit. s. 157). Hyvinkin perusteltuun kysymykseen siitä, miten tuomari-paran olisi ennen ratkaisua (Hyttisen kaksijakaisen oikeuslähdeopin edellyttämällä tavalla) mahdollista jo tietää, onko ratkaisu syyksi lukeva vai vapauttava, Hyttinen vastaa tuomareiden olevan pääsääntöisesti taitavia syyllisyyssratkaisujensa perustelemissa arvelleen ongelman lähinnä ”teoreettiseksi”... (s. 166 ja 194–195)

⁷³⁶ Hyttinen 2015 erit. s. 271, 277–278, 289–293 ja 333. Rutiini-, tulkinta- ja punnintaratkaisun kolmiportainen malli tulee hyvin lähelle Aarnion 2006 s. 247 jaottelua *semanttisiin, oikeudellisiin ja kontekstuaalisiin* merkitysvaihtoehtoihin. Käytännössä Hyttinen usuttaa myös Haren arkkienkelin noudattamaan juuri Aarnion regulatiivista periaatetta (sillä erolla, että ”transsendentaalisen” *rationaalisen konsensuksen* sijaan näyttäisi lopulta edellyttävän vain enemmistön kannan puoleen kääntymistä). Kuten Hyttinen itsekin huomaa, ei tämä vielääkään vastaa siihen, mikä on sisällöllisesti oikea ratkaisu (”sanana vahvassa mielessä”) arvoarvostelmia sisältävässä punnintatilanteessa (s. 290). Huomaapa Hyttinen senkin, ettei kaikissa tilanteissa yksinkertaisesti edes voida asettaa eri preferenssejä rationaaliseen etusijajärjestykseen (s. 291 alav. 310). Tämän kaiken Hyttinen ei kuitenkaan anna liiemmin häiritä teorioidensa ja malliensa muodostamista. Kaikessa kiireessä näyttäisi myös unohtuneen oikeuslähdeopin kohdalla hahmoteltu oikeuslähteiden ja niiden hierarkian kaksijakaisuus, joka lainsoveltamis metodiiikan osalta loistaa Hyttisen esityksessä poissaolollaan.

⁷³⁷ Hyttinen 2015 erit. s. 299–308 ja 337–338.

⁷³⁸ Esim. teleologis-arvosensitiivisiä punnintatilanteita varten hahmottelemansa ”kriittisen harkinnan metodin” osalta Hyttinen toteaa suoraa ainoastaan ”avaavansa keskustelua” poimimalla ”naiivisti” tarpeelliseksi katsomaan elementtejä yhdestä käyttökelpoiseksi katsomastaan moraaliteoriasta (s. 277–278). Todettakoon, että jos Hyttinen olisi luenut vaikkapa Renton 1988 esityksen, ei keskustelua olisi tarvinnut ainakaan yleisesti oikeuden ja oikeustieteen osalta aloittaa ihan nolliasta...

tieteellisen näkökulman siihen, mitä perus- ja ihmisoikeuksilla todella on rikosoikeuden saralla annettavanaan. Niiden puitteissa perus- ja ihmisoikeuksien merkitys konkretisoituu – ja on yksinkertaisesti jo esitysteknisesti konkretisoitava – aivan toisella tavalla kuin vaikkapa erinäisten ylimalkaisten ”ihmisarvo on ihanaa” -tyyppisten juhlapuheiden kohdalla.⁷³⁹

Hyttisen puheenvuoro on myös erityisen mielenkiintoinen suhteessa vaikkapa juuri Melanderin esityksiin. Hyttinen puhuu ”maltillisesta perus- ja ihmisoikeusmyönteisyydestä”, ”pikku hiljaa etenemisestä” ja korostaa toistuvasti ”rikosoikeudellisen tradition kunnioittamista”. Tuomarinohjeeseen Hyttinen tiivistää: ”pyri perus- ja ihmisoikeussensitiivisissä syylisyyksymyksissä turvaamaan rikosoikeudellisen tradition jatkuminen”.⁷⁴⁰ Vaikka myös Melander allekirjoittanee vaikkapa ”rikosoikeudellisen tradition kunnioittamisen”, on miesten tutkimusten valossa selvää, että tämä merkitsee heille varsin erilaisia asioita. Erityisen selvän eron Hyttinen vetää Juha Lavapuron ja Pekka Lämsäsen kaltaisiin ”turkulaisen perus- ja ihmisoikeuskoulun” innokkaimpiin edustajiin⁷⁴¹, joille esimerkiksi Hyttisen edellä mainittu tuomarinohje lienee melkoinen kauhistus, ja joista muutamaaan palaan tarkemmin hetken kuluttua.

Uskoakseni perus- ja ihmisoikeuksia koskevat välillä kiivaatkin näkökulmaerot heijastelevat muun ohella aivan samaa keskustelua, jota niiden tarpeellisuudesta käytiin jo Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittyttäessä. Ihmisoikeussopimukseen liittymistä 1980-luvulla vahvasti puoltanut – ja tuolloin varmastikin selkeän uudistusmieliseksi kuvattavissa ollut – Lauri Lehtimaja korosti, ettei pelkkä puhe ihmisoikeuksien ”vakavasti ottamisesta” yksinkertaisesti näytä vielä auttavan. Lehtimajan mukaan aatehistoriansa puitteissa sinällään toki kauas ulottuvat ihmisoikeudet on onnistuttu saattamaan lakimiehiä kiinnostavaan muotoon vasta toisen maailman sodan jälkeen. Vasta konkreettiset ihmisoikeussäännökset (valvontamekanismeineen) pakottavat oikeusjärjestelmän, ja juristikunnan, niiden kunnioittamiseen – pelkät jo olemassa olleet oikeudenaojen yleiset opit tai keskeisperiaatteet eivät tähän olleet riittäneet.⁷⁴² Kyse on rohkean uudistusmielisyyden ja varovaisen konservatiivisuuden välisestä kädenväännöstä, jossa jakolinjat tietysti saattavat muuttua hyvin nopeasti niin ajan kuin asiakysymystenkin vaihtuessa.

Esimerkiksi Lehtimajan vielä 1980-luvulla uudistusmielisiä kantoja voinee nykykeskustelun valossa pitää jo hyvinkin vanhakantaisina. Vuonna 1995 julkaisemassaan kirjoituksessa Lehtimaja luonnehtii Euroopan ihmisoikeussopimusta Troijan hevoseksi ja verkkoksi, ”jossa on enemmän reikiä kuin lankaa”; pelkkiä sen säännöksiä lukemalla ei vielä paljoa jää käteen, eivätkä jo tuolloin lukuisat hyllymetrit ihmisoikeustuomioistuimen tapauskohtaisien päätelmien muotoon

⁷³⁹ Hyttinen 2015 s. 17 ja 389 muistuttaa, ettei perus- ja ihmisoikeuksien tulisi antaa ”tukehtua omaan suuruuteensa” viitaten tällä nimenomaan siihen, kuinka ne tulisi jäsentyneen keskustelun kautta integroida (tai kalibroida) osaksi eri oikeudenaaloja.

⁷⁴⁰ Hyttinen 2015 s. 327–330.

⁷⁴¹ Ks. esim. Hyttinen 2015 s. 16–17. Melanderin osalta on mielenkiintoista, ettei Hyttinen muutamia (lähinnä alaviitteiden tasolle jääviä) poikkeuksia lukuun ottamatta (erit. s. 61 alav. 41, s. 160 alav. 103, s. 237 ja 242 alav. 150) juuri keskustelee teoksessaan tämän esitysten kanssa, vaikka kirjoittajien painotuserot ovat täysin selvät. Syynä lienee se, että Hyttinen katsoo Melanderin esitysten koskevan lähinnä oman aihepiirinsä ulkopuolelle jäävää rikoslainsäädäntöä (s. 33).

⁷⁴² Lehtimaja 1988 ja Lehtimaja 1995 s. 183–185, jossa Lehtimaja maalaa melko vaatimattoman kuvan siitä, millaista arvoa ihmisoikeudet vielä 1980-luvun Suomessa nauttivat. Esim. vielä huhtikuussa 1988 annettaessa periaatepäätöstä Euroopan neuvostoon liittymisestä asia yhdistettiin Lehtimajan mukaan lähinnä kansainväliseen asemaan liittyneisiin kosmeettisiin syihin – ei suinkaan ihmisoikeuksiin, jotka nähtiin enemmänkin yhteiskuntapoliittisten uudistushankkeiden jarruina ja vierasperäisinä oppeina, jotka viimeistään kotimaisen tuomarikunnan käsissä johtaisivat vaaralliseen kansanvallan kaventumiseen.

puettuja, kulloisenkin vastaajavaltion oikeusjärjestelmien erikoisuuksista lähteviä sekä autonomisen ja dynaamisen tulkintatavan pohjalta muotoiltuja ihmisoikeusohjeita välttämättä selkeyttä tilannetta. Lehtimajan mukaan ihmisoikeussopimuksen ylevän ulkokuoren alla piilikin yllättävä ja myös väärinymmärryksille altis sisältö.⁷⁴³ Vielä 1980-luvulla ”ihmisioikeuskysymyksistä harrastuneeksi ja Strasbourgissa viihtyväksi ihmisioikeusjuristiksi” profiloitunut – ja muun muassa Oikeus-lehden keskustelupalstalla asiasta tukkapölyäkin saanut – Lehtimaja tunnustautuu 1990-luvulla ”jyränkiläiseksi skeptikoksi”, joka ei vaikkapa Martin Scheininin tavoin ollut valmis antamaan joustaville ihmisioikeusnormeille oikeuslähdeopillista etusijaa, vaan luotti mieluummin ”hyvän ja älykkään” tuomarin *ihmisioikeusystävälliseen* laintulkintaan, jossa ei nähnyt juuri uutta verrattuna siihen, mitä jo Olaus Petri oli 1500-luvulla tuomarinohjeisiinsa kirjannut.⁷⁴⁴ Kyseinen Martin Scheinin puolestaan vastusti vielä 1980-luvulla Euroopan neuvoston ihmisioikeuskonventioon liittymistä katsoen kyseisen neuvoston vielä tuossa vaiheessa itä/länsi -jaottelua ylläpitäväksi läntisen blokin organisaatioksi, johon Suomen ei ollut syytä itseään sitoa.⁷⁴⁵ Edellisten Lehtimajan ja Scheininin ihan itsensä kirjoittamien ajatusten esiin nostamisen tarkoitus ei ole rakentaa kuvaa jonkinlaisista takkinsa kääntäjistä. Tarkoituksena on sen sijaan kuvata niin perus- kuin ihmisioikeuksiinkin omaksuttujen näkökulmien erilaisuutta ja sitä voimakkuutta, jolla näiden näkökulmien välillä 1980- ja 1990-lukujen taitteen kotimaisessa keskustelussa liikuttiin. Niin Lehtimaja kuin Scheinininkin ovat mielestäni pysyneet varsin vakaasti kannassaan: Lehtimaja myönsi jo 1980-luvulla ilomieliin, ettei Euroopan neuvoston ihmisioikeusvalvonnasta ollut minkäänsortin ihmelläkkeeksi todeten Strasbourgissa kertyneen praksiksen vaativan melkoista perehtymistä suomalaisilta juristeilta. Perimmäisin syy siihen, että Scheinin puolestaan vastusti ihmisioikeussopimukseen liittymistä näyttäisi olleen nimenomaan hänen huolensa ihmisioikeuksista. Ainakin 1980-luvulla Scheinin nimittäin katsoi YK:n vuoden 1966 yleissopimusten ja ihmisioikeuskomitean tarjoavan ”demokraattisemman” ja ”tasapainoisemman” ihmisioikeuksien kansainvälisen valvontajärjestelmän, jonka puitteissa suomalaisilla olisi paremmat mahdollisuudet saada asiansa käsitellyksi, ja jonka tarjoamia hyötyjä ei ollut vielä kaikilta osin käytetty. Scheininin mukaan aika ei ylipäänsä ollut edes kypsä toisen ja rinnakkaisen ihmisioikeuksien laaja-alaisen valvontajärjestelmän tarpeen arvioinnille, vaan katsoi tämän edellyttävän silloista enemmän tietoa.⁷⁴⁶

Juuri kukaan ei kieltäne perus- ja ihmisioikeuksien olennaista asemaa modernissa oikeudessa, mutta siitä, mitä tämä käytännössä (ja missäkin asiayhteydessä) merkitsee, vallitsee selviä painotuseroja. Sakari Melander toteaa yleisten oppien oppikirjassaan perus- ja ihmisioikeusnäkökulmasta tarkastelemisen rikosoikeusjärjestelmän kannalta välttämättömäksi.⁷⁴⁷ Dan Fränden vastaavassa oppikirjassa perus- ja ihmisioikeudet tulevat ensimmäistä kertaa mainituiksi

⁷⁴³ Lehtimaja 1995 s. 187.

⁷⁴⁴ Lehtimaja 1995 s. 188–190, Lehtimaja 1987 sekä Lehtimaja 1988 s. 162. Oikeus-lehden ”Oikeudellinen elämä” -palstalla Lehtimajaa oli vuonna 1987 (s. 201–202) syytetty tunteisiin vetoavasta Euroopan ihmisioikeussopimukseen liittymisen puolesta markkinoinnista sekä ”periaatekysymysten unohtamisesta” asiaan liittyen.

⁷⁴⁵ Scheinin 1987 s. 407. Lisäksi Scheinin uskalsi sopimukseen ”alustavan” tutustumisen pohjalta todeta sieltä mm. henkilökohtaista vapautta painottavia *vinoumia* (s. 410).

⁷⁴⁶ Lehtimaja 1987 s. 281 ja Lehtimaja 1988 s. 165 sekä Scheinin 1987 s. 410 ja 412, jossa Scheinin korostaa juuri Euroopan ihmisioikeussopimusta ja sen soveltamiskäytäntöä koskevan tiedon tarpeellisuutta todeten, ettei hänen tiedossaan ole yhtäkään suomalaista, joka kehtaisi väittää tuntevansa ”EN-konvention ratkaisukäytännön”, mutta uskoo jokaisen edes kerran EN:n ihmisioikeuselinten kantoihin missä tahansa yksittäisessä asiassa perehtymään pyrkineen ymmärtävän tarpeen aihetta koskevien tietojen kartuttamiselle. Tähän liittyen Scheinin ei pitänytkaan lainkaan huonona ajatuksena Suomen pyrkimistä tarkkailijaksi EN:n ihmisioikeuksien koordinointikomiteaan.

⁷⁴⁷ Melander 2016 nimenomaisesti s. 14. Valtiosääntöistymisen on (eurooppalaistumisen ja kansainvälistymisen ohella) Melanderin koko yleisten oppien esityksen lähtökohta ja ”nykyajan (rikos)oikeudellinen konteksti” (s. ix ja 12–18).

rikosoikeuden kannalta hyväksyttävien suojeleuintressien indisioina. Kyse ei ole millään tavoin välttämättömästä tai edes ensisijaisesta kytkennästä; perusoikeuksista johtamattomissa olevia suojeleuintressejä turvaavat kriminalisoinnit eivät automaattisesti ole hyväksyttävyydeltään kyseenalaisia ja suojeleuintressin varsinainen mitta on *yksilön vapaus* – ei perustuslaki tai ihmisoikeussopimukset. Muilta osin Fränden teos ei osoita kiinnostusta perus- ja ihmisoikeuksia kohtaan – lukuun ottamatta tilanteita, joissa ne sisältävät rikosoikeudellisen vastuuopin kannalta nimenomaisesti relevantteja pykälä. Nämäkin tilanteet rajoittuvat laillisuusperiaatteeseen. Lisäksi EIT:n tulkintakäytäntö nousee silloin tällöin esille.⁷⁴⁸

Melanderin ja Fränden oppikirjojen lukeminen havainnollistaakin osuvasti perus- ja ihmisoikeuksien rikosoikeudelliseen ”välttämättömyyteen” liittyviä painotuseroja. Aivan samalla tavoin lyhytkin tutustuminen tämänhetkiseen vaikkapa ruotsalaiseen tai saksalaiseen rikosoikeudelliseen keskusteluun osoittaa, että Dan Fränden lisäksi myös lukuisat ulkomaiset kollegamme ovat onnistuneet tekemään modernia pohjoismaista tai pohjoiseurooppalaista rikosoikeutta ilman järin suuren mielenkiinnon kohdistamista perus- ja ihmisoikeuksiin⁷⁴⁹. Sen sijaan suomalainen asiaa koskeva keskustelu on länsimaisille naapureillemme hyvin vieras. Tämä ei tietystikään tarkoita, että perus- ja ihmisoikeuksien rikosoikeudellista läpäisyä vaativa olisi jotenkin väärässä. Sen sijaan katson sen tarkoittavan, että pelkkien vaatimusten lisäksi olisi syytä kertoa, mitä tällä läpäisyllä oikein tarkoittaa – ja malttaa vielä tämän jälkeen osoittaa, missä kaikessa vaikkapa edellä mainitut naapurimme menevät pieleen, kun kovinkaan perusteellinen perus- ja ihmisoikeuksien läpäisy ei heitä tunnu juuri kiinnostavan. Melanderin oppikirja on mitä arvokkain kotimainen vastaus edellä mainituista kysymyksistä ensimmäiseen.

2.2.4.4 Yhteenvedo

Olemme jälleen kerran päässeet tilanteeseen, jossa kotimaisen rikosoikeuden muoti-ilmiön takaa paljastuu erilaisten painotuserojen kirjo, joka voidaan jäsentää vaikkapa seuraavaan tapaan:

1) Yhtäältä perus- ja ihmisoikeuksia voi pyrkiä tuomaan voimakkaasti osaksi rikosoikeutta, toisaalta niihin voi suhtautua hyvin varovaisesti, jopa suoranaisten piittaamattomasti tai jopa negatiivisesti. Lopulta kyse on painotuserojen skaalasta, jota kuvaa hyvin Antti Kolehmainen erilaisiin vahvuuksiin perustuva erittely siitä, mitä kaikkea ”perusoikeusmyönteinen laintulkinta” voi tarkoittaa. Ensinnäkin perusoikeusmyönteinen laintulkinta voidaan mieltää *karsintavaikutukseksi*, jonka puitteissa (usein ilmeisen) perustuslain vastaiset tulkintavaihtoehdot rajataan pois. Toiseksi se voi

⁷⁴⁸ Frände 2012a s. 19–21. Laillisuusperiaatteen osalta s. 27–47. EIT:n ratkaisukäytännön osalta ks. erit. 53–56, jossa Frände kuvaa KKO:n ratkaisukäytännöstä tunnistamaansa ”EIT-metodia”.

⁷⁴⁹ Ks. myös esim. Helenius 2014, jossa rikosoikeudellisia toimivaltakysymyksiä onnistutaan tutkimaan ennen kaikkea pohjoismaisen ja saksalaisen kirjallisuuden varaan rakentuvan lähdeaineiston pohjalta ilman, että perus- ja ihmisoikeuksia juuri nimettäisiinkään – lukuun ottamatta muutamaa sivuhuomautuksen asteelle jäävää kohtaa; esim. s. 100 ne mainitaan sivumennen kansallista lainsäädäntövaltaa rajoittavina tekijöinä, ja s. 126 mainitaan niin ikään mahdollisuudesta olla sitoutumatta ulkomaiseen perus- ja ihmisoikeuksien vastaisiin vastuuvapausperusteisiin. Ylipäänsä esim. suomalaisen ja ruotsalaisen valtiosääntö- ja perusoikeuskäsitteiden eroista kotimaisen valtiosääntöoikeutemme näkökulmasta ks. esim. Nieminen 2007 s. 11–14, Husa 2004 s. 62–66, Tuori 2001/2002 s. 69–71 sekä Lavapuro 2010 s. 20, joka puhuu ”tuomioistuin- ja perusoikeuskeptisyydestä” ylipäänsäkin pohjoismaisena valtavirtana. Tuori 2001 s. 935 on puhunut ”skandinaavisen realismin aiheuttamasta krapulatilasta”, jota tosin on hänen mukaansa seurannut ”perusoikeustutkimuksen renessanssi”. Husa 2004 s. 65–66 ja 72 on puolestaan puhunut parlamenttiin kallistuneesta vallanjaosta, kansansuvereniteetti-ideologiasta sekä oikeudellisen aktivismin karttamisesta. Tuorin tavoin myös Husa näkee taustalla ns. Uppsalan koulun filosofian – ainakin oikeustieteen piirissä omaksutun asenteen osalta (s. 77). Ks. vielä rikosoikeuden näkökulmasta Lernestedt 2003 s. 98–99.

merkitä *optimointivaatimusta*, eli parhaiten perustuslain tarkoituksen toteutumista vastaavan tulkintavaihtoehdon valitsemista (vaihtoehtoista, jotka siis sinällään kaikki ovat PL:n kanssa sopusoinnussa). Kolmas ja perusoikeuksia voimakkaimmin edistävä vaihtoehto on ymmärtää perusoikeusmyönteinen laintulkinta *syRJäyttävänä* eli tietyn oikeudenalan vakiintuneet oikeuslähdeperiaatteet sivuuttavana ja lakien sisällön perusoikeuksista käsin määräävänä mallina.⁷⁵⁰ Samaan tapaan edellä esittelemäni perus- ja ihmisoikeuksia koskevat ajatusmallit voi hahmottaa skaalaksi, jonka ääripäissä yksi katsoo perus- ja ihmisoikeudet välttämättömiksi vaikkapa rikosoikeuden yleisten oppien esitykselle (kuten Melander), toinen rakentaa oman yleisten oppien esityksensä niitä juuri käsittelemättä – ja niitä käsitellessäänkin ennen kaikkea yksilönvapautta (ei perus- ja ihmisoikeuksia) painottaen (kuten Frände).⁷⁵¹

2) Edellisten painotuserojen ohella voidaan (ja on myös syytä!) nostaa esiin tapa, jolla perus- ja ihmisoikeuksia voi käyttää arveluttavasti – suorastaan väärin.

Zacharias Sundström painottaa vuoden 2011 väitöskirjassaan voimakkaasti ihmisoikeuksien roolia vaatien niiden vakavasti ottamista myös kotimaisessa rikoslainkäytössä.⁷⁵² Sundström kohdistaa kritiikkinsä ennen kaikkea korkeimpaan oikeuteen, jonka katsoo antaneen (joitain viime vuosien poikkeuksia lukuun ottamatta) oikeuskäytännössään etusijan ihmisoikeuksien sijaan kotimaiselle lainsäädännölle. Tämä ei Sundströmin mukaan voi olla oikein oikeusvaltiossa. Se, mitä Sundström tarkalleen ottaen ihmisoikeuksien sivuuttamisella tarkoittaa jää monissa kohdin hyvin avoimeksi. Paraatiesimerkkinä toimii ratkaisun KKO 16.6.2010 nro 1296 käsittely, jossa Sundström kyseenalaistaa tuomion ”ihmisoikeusmukaisuuden” viittaamalla 29 EIT:n ratkaisuun ja kehottamalla lukijaa (ja kaiketi myös KKO:ta) tätä kautta

⁷⁵⁰ Kolehmainen 2016 s. 123–124. Kolehmainen itse ymmärtää viimeisen liian pitkälle meneväksi ja oikeudellista epävarmuutta aiheuttavaksi vaihtoehdoksi, jossa luovutaan eri oikeudenalojen oppeihin kytkeytyvästä viisaudesta tavalla, joka on omiaan tuottamaan oikeudellista epävarmuutta. Tällainen oikeudenalojen ”kitytynyt viisaus” piilee Kolehmaisen mukaan etenkin oikeusperiaatteissa ja yleisissä opeissa (s. 124 ja 127). Kolehmaisen erittely perustuu Markku Helinin aiempaan johteluun siitä, mitä kaikkea perusoikeuksilla argumentointi voi laintulkinnan saralla tarkoittaa (ks. Helin 2012 s. 19–22, ks. myös Aarnion 2014 s. 264 mielenkiintoinen Helinin erittelyyn pohjautuva kaavio oikeusharkinnasta).

⁷⁵¹ Eivätkä nämä painotuseroihin perustuvat rajanvedot ole aina kovinkaan helposti tehtävissä johtuen niin perus- ja ihmisoikeuksiin(kin) kuin oikeusperiaatteisiin(kin) liittyvän oikeudellisen argumentaation monimutkaisuudesta, jota jo edellinen Antti Kolehmainen ”perusoikeusmyönteisen laintulkinnan” erilaisia merkityksiä koskeva erittely havainnollisti. Asiaa havainnollistaa edelleen Merita Huomo-Kettusen 2011 tupakkakriminalisoinneille suorittama laillisuusperiaatteellinen analyysi, jossa päädytään toteamaan rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sisältämän sanarajasäännön rajoittavan muun ohella perusoikeusmyönteistä laintulkintaa, mutta koska laillisuusperiaate itsessään on perusoikeus, tarkoittaa tämä rajoite itse asiassa kuitenkin perusoikeusmyönteistä tulkintaa laillisuusperiaatteen kannalta! (erit. s. 40)

⁷⁵² Sundström 2011 ks. ennen kaikkea s. 162–184. Lisäksi Sundström käsittelee s. 185–215 myös EU-oikeuden vaikutusta suomalaisen lainkäyttöön. Tältä osin Sundström kuitenkin toteaa, ettei unionin perusoikeuksia sisältävä normisto tuo EIS:ta vastaavalla tavalla varsinaista lisää perustavanlaatuisia oikeuksia koskevaan keskusteluun – ainakaan tavalla, jolla voisi olla suoranaista merkitystä tuomioiden perustelupohdinnoissa. Syynä tähän on Sundströmin mukaan unionilainsäädännön ylimalkaisuus ja pikemmin periaatetasolla kuin yksittäisten perusoikeustakeiden tasolla liikkuminen. Tämän selittävät hänen mukaansa toki jäsenmaiden varsin erilaiset ihmisoikeuskulttuurit, joiden pohjalta ei ole päästy varsin laveita perusoikeudellisia suuntaviivoja pidemmälle. (s. 188–189) Tässä kohdin herää toki kysymys, miten tämä kaikki oikein poikkeaa EIS:sta ja EIT:n ratkaisukäytännöstä. Todettakoon vielä, että yhtenä olennaisena metateemana Sundströmin väitöskirjassa on huoli tuomioistuinten riippumattomuuden ja myös presidentin vallan supistumisesta eduskunnan vallan laajetessa, minkä osalta Sundström puhuu suoranaisista merkeistä vallan kolmijako-opin murenemisestä (s. xiii). Eräänlaisena vastapainona edelliselle Sundström näkee oikeuden kansainvälistymisen; kotimaisen lainsäätäjän ja toimeenpanevan vallan liikkumavapauden kaventumisen unionilainsäädännön ja ihmisoikeussopimusten vallatessa alaa (s. 160–161 ja 227). Sundströmin ajatuksenkulut ovat (tältäkin osin) hyvin vaikeasti seurattavia ja hajanaisia. Lukijaa kiinnostaisi tietää, miksi Sundström näkee niin tarpeelliseksi juuri eduskunnan (ja hallituksen) vallan suitsimisen, ja millaisten mekanismien kautta hän ajattelee tämän toteutuvan kansainvälisten lainsäädäntöinstrumenttien kautta – ja vaikuttavan vielä jonkinlaisen nollasummapelin tavoin tuomioistuinten riippumattomuuteen. Lisäksi lukija toivoo, että Sundström kävisi keskusteluun esim. Jussi Syrjäsen oikeudellista ratkaisutoimintaa koskevan teorian kanssa, joka rakentuu hyvin erilaisiin – tai vähintäänkin huomattavasti nyansoidumpiin – käsityksiin yhteiskunnallisesta vallasta (ks. erit. Syrjänen 2008 erit. s. 42–46, 66–67 ja 70–98).

perehtymään ihmisoikeustuomioistuimen EIS 10 artiklan tulkintaa koskevaan ”koko kenttään”. Viittaukset kohdistuvat 29 tuomioon kokonaisuudessaan ilman minkäänlaista sen kummempaa täsmennystä. Myöhemmin Sundström tosin avaa hieman tarkemmin muutamaa viittauksen kohteina olleista EIT:n tapauksista.⁷⁵³

Liki minkä tahansa asian ”ihmisoikeusvastaisuuden” kritisoiminen viittaamalla 29 ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuun (saati ”koko kenttään”!) lähentelee tietysti itsessään argumentatiiviselta arvoltaan nollaa. Jotta väite voisi tukea millään tavoin Sundströmin esittämää, tulisi lukijan tietää, mitä EIT ratkaisuissaan oikein lausuu. Edes jonkinlaisten oikeusohjeiden johtaminen 29 EIT:n ratkaisusta (saati edelleen ”koko kentästä”) on vähänkään haastavampien tulkintakysymysten kohdalla oma tutkimuksensa –, jonka Sundström siis sälyttää lukijansa tehtäväksi. Joka haluaa tietää, onko Sundströmin KKO:n ratkaisun ”ihmisoikeusvastaisuutta” koskevassa väitteessä mitään järkeä joutuu lukemaan kyseiset ratkaisut ja pohtimaan millaisia oikeusohjeita niistä olisi mahdollista johtaa kritiikin kohteena olevaa KKO:n ratkaisua kohtaan. Itse en ole tällaista viitsinyt lähteä tekemään, enkä näin ollen missään tapauksessa väitä, etteikö Sundström voisi olla aivan oikeassa siinä, ettei KKO:n ratkaisu ole EIT:n oikeustapauskäytännön valossa kestävä. Sen sijaan väitän, että Sundströmin tapa argumentoida on oikeuselämän kannalta täysin kestämaton. Niin lainkäyttölinen kuin oikeustieteellinenkin argumentaatio käy mahdottomaksi tilanteessa, jossa omia näkemyksiään voi perustella ”katso EIS:sta/EIT:sta” -tyyppisillä argumenteilla. Oman vuoden mittaisen käräjänotaarikokemukseni perusteella hieman tyylitellymmät ”ks. EIT:n ratkaisu x, y ja z” -tyyppiset argumentit eivät nykypäivän juridiikassa valitettavasti ole hirvittävän harvinaisia omia (tai asiakkaan) asioita tarpeeksi innokkaasti ajettaessa.

Lukijani saattaa tässä kohdin ihmetellä, miksi käsittelemistäni rikosoikeudellisen ajattelun trendeistä juuri perus- ja ihmisoikeuslähtöinen ajattelu näyttäisi saavan osakseen kaikkein kriittisimmän kohtelun. Havainto ei ole mitenkään väärä, vaan uskoakseni linjassa pluralistisen lähestymistapani kanssa. Perus- ja ihmisoikeuksien korostaminen on nähdäkseni tällä hetkellä trendeistä vahvin ja ansaitsee näin jo tästä syystä kriittisimmän tarkastelun. Lukijani menee kuitenkin pahasti harhaan pitäessään esittämiäni näkemyksiä noin vain perus- ja ihmisoikeuksien vastaisina. Yritän seuraavaksi selittää, mitä tällä tarkoitan. Samalla tulen uskoakseni paitsi havainnollistamaan erilaisten käsitteiden monimerkityksisyyttä, myös asemoimaan itseni suhteessa yleensä *positivistiseksi* luonnehdittavaan ja vielä perus- ja ihmisoikeuksia huomattavasti perustavanlaatuisempaan oikeudellisen ajattelun suuntaukseen.

Tuorin tasomalli auttaa jälleen kerran havainnollistamaan tilannetta. ”Perus- ja ihmisoikeuksista” voi näet puhua niin yleisinä oikeuskulttuurin tai oikeuden syvärakenteen jäsenenä kuin spesifeinä oikeuden pintatason säännöksinä ja artikloina. Esimerkiksi Reino Ellilä puhuu jo mainitussa vuoden 1960 artikkelissaan *ihmisarvosta ja yksilön vapaudesta* nimenomaan näistä ensimmäisessä merkityksessä. Samoin tekee vaikkapa H. Patrick Glenn yhdistäessään teoksessaan *Legal Traditions of the World* (2014) ihmisoikeudet kahteen länsimaisen (oikeus)ajattelun suureen

⁷⁵³ Sundström 2011 s. 177–178.

virtaukseen; yhtäältä juutalais-kristillis-islamilaiseen uskonnolliseen perinteeseen, jossa ihminen on Jumalan kuva, sekä toisaalta kreikkalais-egyptiläiseen rationaalisuutta painottavaan perinteeseen⁷⁵⁴. Sen sijaan viittaaminen vaikkapa EIS:n tai PL:n säännöksiin (mukaan lukien niitä koskeva prejudikatuuri) merkitsee jälkimmäistä puhetapaa. Sinällään on täysin selvää, että kyseiset eri tasojen ilmiöt vaikuttavat toinen toisiinsa, eivätkä siis lopulta ole toisistaan täysin irrallisia tai välttämättä edes kovin selvästi erillisiä. Yhtä lailla on kuitenkin selvää, että ”perus- ja ihmisoikeuksista” voi puhua painottamalla kumpaa tahansa, ja että vähintäänkin niitä koskeva puhe – saati niistä monen eri henkilön välillä käytävä keskustelu – muodostuu helposti monimerkitykseksi, ja edelleen ristiriitaiseksi ristiinpuheluksi. Aivan samaan tapaan esimerkiksi juuri Tuori on huomauttanut oikeusperiaatteiden roolin erittelemistä vaikeuttavan ”oikeusperiaate”-käsitteen kaksinaismerkitys: se voi viitata sekä pintatason *normeihin* että oikeuskulttuurin tasoihin *normatiivisiin ilmiöihin*. Tämän johdosta ”oikeusperiaatteista” saatetaan puhua samanaikaisesti sekä oikeusnormeina että oikeuslähteinä, joista oikeusnormit saavat tukea. Tällainen epäjohtonsuuntaisuus muuttuu Tuorin tasomallin valossa näennäiseksi, tai vähintäänkin ymmärrettäväksi.⁷⁵⁵ Ja aivan samoin muuttuu aiempi puheeni perus- ja ihmisoikeuksista sekä kaikessa epämääräisyydessään ja ylipositiivisuudessaan epäilyttävinä että kaiken (länsimaisen) oikeutta koskevan ajattelun perustana vähintäänkin ymmärrettävämmäksi, kun huomaa puheen koskevan toisinaan oikeuden pintatason säännöksiä, toisinaan oikeuskulttuurillisia ilmiöitä.

Edellistä abstraktista ajatuskulkua on havainnollistettava kouriintuntuvalla esimerkillä, jonka tarjoaa ajatusteni vertaaminen kahteen perus- ja ihmisoikeuksiin kai kaikkea muuta kuin kriittis-skeptisesti suhtautuvaan ”fundamentalistiin”⁷⁵⁶ eli Martin Scheininin ja Juha Lavapuron, ja tarkemmin ottaen heidän väitöskirjojihinsa.

Scheinin ja Lavapuro ovat perus- ja ihmisoikeuskannoissaan varsin lähellä toisiaan. Lavapuron vastaväittäjänä toimiessaan Scheinin arvelee kuuluvansa väittelijän kanssa samaan ”Turun kouluksi”, ”perusoikeuspainotteiseksi koulukunnaksi” tai ”uuden perustuslakikäsityksen koulukunnaksi” nimeämäänsä suuntaukseen ja toteaa oman väitöskirjansa kirjoittajan silmin Lavapuron tutkimuksen näyttäytyvän eräänlaisena jatko-osana Scheininin omalle väitöskirjalle. Lavapuro puolestaan toteaa vastaväittäjänsä väitöskirjan tärkeimmäksi vaikuttimeksi omalle tutkijanuralleen päätymiseensä ja ymmärtävänsä niin ikään tutkimuksensa Scheininin edustaman tutkimusperinteen jatkeeksi.⁷⁵⁷ Scheinin kiteyttää kyseisen tutkimuspuheen suhtautuvan ”tiukan juridisesti” ja siis ”normatiivisesti” valtiosäätöön siten, että ”empiria nähdään normatiivisen tarkastelun faktapohjana ilman, että se johtaisi reduktioon, käytäntöä kumartavaan realismiin, jossa juridiikka latistuu tapahtuneen

⁷⁵⁴ Glenn 2014 s. 278–279. Ks. myös vaikkapa Wittreck 2018 s. 9–10, joka katsoo, että esim. perustuslain potentiaalisiksi ”historiallisiksi fundamenteiksi” voidaan hahmottaa niin kristinusko, liberalismi kuin sosialismikin. Wittreck itse painottaa historiallisen vaikutuksen erottamista perustuslain nykyisestä voimassaolosta tai pätevyyydestä. Esim. omaa (ja sinällään kai kiistatonta) historiallista vaikutustaan nykyisten oikeuspoliittisten vaateidensa ajamiseen käyttävä kristinusko rakentaa argumentaationsa hiekalle (s. 51).

⁷⁵⁵ Tuori 2004 s. 1219.

⁷⁵⁶ Lavapuro 2010 s. v tunnustautuu mielihyvin ”perusoikeusfundamentalistiksi” asemoiden tutkimuksensa puheenvuoroksi perusoikeuksien ja demokratian vakavasti ottamisen tärkeydestä – ja siis olettaen tämän johtavan fundamentalistin leimaan. Scheinin ei yhtä suoranaista tunnustusta tee, mutta hahmottaa väitöskirjansa osaksi ”suomalaisen ihmisoikeuskulttuurin muresta” yleisenä lähtökohtanaan ja kannanottonaan, se että ihmisoikeussopimuksille ja perusoikeussäännöksille tulee lainkäytössä antaa siihenastista enemmän oikeudellista merkitystä (Scheinin 1991 s. v ja 14–15). Toteaapa Scheinin Lavapuron vastaväittäjänä toimiessaan, että ajatus perusoikeuksien vakavasti ottamisesta olisi Lavapuron tutkimuksessa voitu viedä pidemmällekin (Scheinin 2011 s. 827).

⁷⁵⁷ Scheinin 2011 s. 820 ja 827 sekä Lavapuro 2010 s. v–vi ja 50.

kuvaamiseksi ja selittämiseksi”⁷⁵⁸. Scheinin väitöskirjaa *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa* (1991) kirjoittamattomin silmin minun on vaikea tunnistaa etenään Scheinin omaa teosta tästä kuvauksesta, minkä puolestaan katson oireelliseksi tunnusmerkiksi juuri siitä suuntauksesta, jota Scheinin ja Lavapuro edustavat, ja joka itselleni näyttäytyy varsin vieraana. Yritän seuraavaksi osoittaa, mitä tarkoitan.

Scheinin väitöskirjan perustava kysymys koskee kansainvälisten ihmisoikeussopimusten asemaa Suomen oikeusjärjestyksessä. Tutkimuskohteena on siis kansallisen ja kansainvälisen oikeuden suhde ihmisoikeuksien alueella ja Suomessa sovellettavan oikeusjärjestyksen sisäisenä ongelmana. Kyse on nimenomaisesti *muodollisesta* ongelmasta; ihmisoikeusnormien erilaisista vaikutustavoista Suomen oikeudessa. Ihmisoikeuksien aineellisesta sisällöstä Scheinin ei väitöskirjassaan ole sinällään kiinnostunut, joskin joutuu paikoin toki ottamaan kantaa myös tähän havainnollistaessaan esimerkein ihmisoikeusnormien erilaisia vaikutustapoja. Tutkimuksen ydinkysymys siis kuuluu: ”ovatko kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määräykset Suomen valtiosäännön mukaan voimassa oikeusnormeina Suomessa ja jos ovat, miten niitä tulee soveltaa oikeusnormeina”⁷⁵⁹

Scheinin ilmoittaa tutkimusstrategiakseen ihmisoikeuskulttuurin murrokseen ”osallistumisen erilaisissa yhteiskunnallisissa rooleissa” – ainakin oikeudellisenä avustajana, kansainvälisen ihmisoikeusasiain neuvottelukunnan jäsenenä, sanomalehtikirjoittajana, alustajana, valiokunta-asiantuntijana, perusoikeuskomitean sivutoimisena sihteerinä sekä muutaman kansalaisjärjestön aktivistina. Kyse on siis osittain *toimintatutkimuksesta*.⁷⁶⁰ Tätä käytännöllistä puolta Scheinin kompensoi tutkimuksessaan muodostamalla ihmis- ja perusoikeusnormienkin vaikutustapoja kuvaavalla teoreettisella mallilla. Malli konkretisoituu Scheinin sivuilla 50, 55 ja 56 esittämiin kaaviokuvaan ihmisoikeusmääräysten vaikutuksesta oikeudelliseen ratkaisuheuristiikkaan. Malli perustuu ennen kaikkea Dworkinin ja Alexyn nimiin laitetulle sääntö/periaate -erottelulle, jota Scheinin siis käyttää täydentämään perinteisempää ajatusta kansainvälisen oikeuden yhtäältä suoran (tai välittömän) soveltamisen ja toisaalta tulkintavaikutuksen välistä erottelua. Sääntöjen ja periaatteiden välinen rajanveto liittyy Scheininin mallissa nimenomaan erilaisten perus- ja ihmisoikeusnormien sääntö- tai periaateluonteisiin *vaikutustapoihin* – ei normien jonkinlaiseen yleiseen ontologiseen luokitteluun. Scheinin korostaakin, että niin perusoikeussäännökset kuin ihmisoikeusartiklatkin ilmaisevat sekä periaatteen että säännön luonteisia normeja. Vaikka ne usein ovat muodoltaan varsin yleisiä, voidaan niistä silti lukea tai johtaa myös täsmällisempiä sääntöjä. Kyseistä luokitusta Scheinin täydentää vielä (ennen kaikkea Eibe Riedelin inspiroimana) kolmannella *standardin* käsitteellä. Tällä hän viittaa oikeusjärjestyksen ulkopuolisiin tekijöihin, jotka voivat saada oikeudellista vaikutusta (”standardivaikutusta”) oikeusjärjestyksen sisältämiä oikeusnormeja sovellettaessa. Ennen kaikkea kyse on Suomen oikeusjärjestyksen ulkopuolelle jäävistä ihmisoikeusasiakirjoista, mutta kyseeseen tulevat näiden lisäksi myös ainakin vierasmaalaiset oikeusnormit sekä kansainvälisten järjestöjen laatimien asiakirjojen ilmaisemat moraalinormit sekä ylipäänsä poliittiset

⁷⁵⁸ Scheinin 2011 s. 820–821.

⁷⁵⁹ Scheinin 1991 s. 1, 10, 12 ja 14. Ks. myös s. 8–9 luettelo, jossa Scheinin listaa Suomen kannalta relevanteiksi katsomansa silloiset ihmisoikeusasiakirjat, joita on yhteensä 52. Muutakin ihmisoikeuksien kannalta merkityksellistä ainesta toki löytyy. Scheinin ei käytä aikaa *ihmisoikeusnormien* tai *-sopimusten* tyhjentävälle määrittelylle, vaan tyytyy ”diskursiiviseen” määritelmään: niitä ovat ne, joista sellaisina puhutaan. (s. 10–11)

⁷⁶⁰ Scheinin 1991 s. v ja 14–15.

ja moraaliset argumentit. Standardit välittävät siis ”ei-oikeudellista” oikeudelliseen.⁷⁶¹ Juuri sääntö-, periaate- ja *standardivaikutuksen* käsitteet muodostavat sen teoreettisen kehikon, jonka puitteissa Scheinin tutkimuksensa suorittaa.

Kyseisen teoreettisen mallinsa avulla Scheinin kertoo pyrkivänsä osoittamaan perus- ja ihmisoikeusnormeilla olevan monenlaisia oikeudellisia vaikutustapoja – ”jopa siellä missä niitä ei ole totuttu näkemään”. Scheinin muistuttaa mallin ainoastaan *kuvaavan* oikeudellisia ilmiöitä täysin vailla normatiivista vaikutusta. (Samassa yhteydessä hän tosin toteaa vian olevan vain ”useimmiten” mallissa, mikäli todellisuus ei sitä vastaa.) Scheinin ei haluakaan allekirjoittaa Aarre Tähden ajatusta sääntö/periaate -erottelun hyödyntämisestä poliittisluontoisena keinona legitimoida perustuslakien tulkintoja, joissa irtaannutaan yhä enemmän säännösten sanamuodosta, tarkoituksesta ja aiemmista tulkinnoista. Samanaikaisesti Scheinin toteaa sääntö/periaate -erottelun kuitenkin tarpeelliseksi keinoksi osoittaa jotain, minkä hän itsekin myöntää totutusta poikkeavaksi.⁷⁶²

Scheinin tutkimusta lukiessa ei voi olla hämmästelemättä sitä ristiriitaisuutta, mikä erityisesti hänen teoreettiseen maalliinsa ja sen soveltamiseen liittyy. Yhtä aikaa Scheinin muistuttaa sen avulla vain kuvaavansa jotain jo olemassa olevaa ”ihmisoikeuskulttuurin murrosta”, mutta samalla hän kuitenkin paljastaa jotain uutta, jotain totutusta poikkeavaa, jotain mitä ei ole totuttu näkemään. Ymmärtääkseni Scheinin todella kuvittelee vain soveltavansa jonkinlaista todellisuutta objektiivisesti kuvaavaa mallia löytäessään esimerkiksi sivuilla 271–272 eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisukäytännöstä useita ihmisoikeusasiakirjoille standardivaikutuksia antaneita ratkaisuja tai todetessaan sivuilla 281–282, ettei tuomioistuinkäytännössäkään olisi mitään periaatteellisia esteitä hyödyntää kyseistä standardivaikutusta, vaikkei tällaista siis vielä tuomioistuimissa olekaan harrastettu. Nimenomaiset ”de lege ferenda -tyyppisiksi” luonnehtimansa kannanotot Scheinin ajattelee rajanneensa visusti vasta työnsä viimeiseen lukuun sivuille 337–348.

Uskaltaisin väittää, että 2020-luvulla varsin harva oikeustieteilijä suhtautuu kovinkaan vakavasti väitteisiin oikeudellisia murrostiloja kuvaavista teoreettisista malleista, joiden kautta todellisuutta on mahdollista vain kuvata jotenkin objektiivisesti ilman, että mallilla olisi normatiivisia (tai miksi niitä haluaa nimittääkään) vaikutuksia siihen kuvaan, joka niiden puitteissa on saatavissa. Kaikki eivät ole tällaiseen uskoneet tietysti 1990-luvullakaan. Vastaväittäjä Mikael Hidén toteaaakin Scheininin mitä ajankohtaisinta ja myös haastavaa aihepiiriä kuvaavaa tutkimusta vaivaavan ”tasapainotusongelma”, joka kiteytyy siihen, kuinka paljon väittelijä yhtäältä vain antropologina havainnoi, erittelee ja systematisoi suomalaisen heimon normikulttuuria, ja missä määrin hän toisaalta hyvää asiaa julistavana missionäärinä ja vaikuttamaan pyrkien valikoiden hyödyntää kyseistä kulttuuria. Hidén arveleekin olevan ehkä enemmän lukijasta kiinni, näkeekö Scheininin korostamassa ”ihmisoikeuskulttuurin murroksessa” *draaman tajua* vai *dramatisoinnin tarvetta*. Värittömämmin ilmaistuna Hidén toteaa Scheininin tutkimusotteen ehkä merkittävimmäksi periaatteelliseksi ja myös tutkimustuloksia koskevaksi ongelmaksi tutkimuksen yleisen, ja vieläpä voimakkaan poliittisen tavoitteen korostaa

⁷⁶¹ Scheinin 1991 s. 28–43 ja 336. Ks. myös s. 129, 288–289 sekä 331, joissa Scheinin vielä täsmentää teoreettista malliaan kuvaavia kaavioita suorittamansa kansainvälisen vertailun sekä kotimaisen lainkäytön ja lainsäädäntöprosessin analyysin kannalta. Ks. myös Scheinin 2011 s. 824–826, jossa Scheinin painottaa perusoikeuksien voivan ilmetä periaatteiden ohella myös sääntöluonteisina.

⁷⁶² Scheinin 1991 s. 32–34 (erit. alav. 53), 37–38 ja 54.

ihmisoikeuksien merkitystä. Hidén itse pitää tällaista sinällään kannatettavana ja sympaattisena, mutta näkee ongelmana sen, että poliittinen näkökulma on hänen arvionsa mukaan perusteettoman yksipuolisesti sulkenut teoksesta pois näkökulmia ja kysymyksenasetteluita, jotka väistämättä kuuluisivat tutkimukseen. Kyse on makrotason vallanjakokysymysten sivuuttamisesta mikrotason yksilön oikeussuojaan keskittyen.⁷⁶³ Kyse on valtiosääntöoikeutta etenkin 2000-luvun taitteessa jakaneesta painopistettä koskevasta kiistakysymyksestä, jossa Hidén ja Scheinin siis selvästi edustavat vastakkaisia näkemyksiä.⁷⁶⁴

Uskoakseni Scheinin tutkimuksen lukeminen 2020-luvun perspektiivistä ei tee sille oikeutta. Tietysti voi väittää, että Scheinin nimenomaan onnistui objektiivisella kuvantamismallillaan osoittamaan myöhemmin vielä vahvemmin konkretisoituneen perus- ja ihmisoikeusajattelun murroksen. Väite edellyttäisi kuitenkin huomattavan paljon monimutkaisempien yhteiskunnallis-oikeudellisten syy-seuraus-suhteiden tutkimista kuin vain Scheinin vuoden 1991 valossa esittämien väitteiden ja vaikkapa vuoden 2020 tilanteen yhdistämistä. Jätän tällaisen asiaa koskeville nimenomaisille tutkimuksille tyytyn väittämään Scheinin tutkimuksen edustavan mitä tyypillisintä *oikeuspositivistista* oikeuskäsitystä. Väitöskirjassaan Scheinin ymmärtää oikeuden säädännäiseksi ja voimassa olevaksi normimateriaaliksi, jota hän voi eino-matiivisesti kuvata, ja josta hänen on pidettävä ei-säädännäinen moraalii ja poliitiikka visusti erillään. Poliittis-moraaliset argumentit ja näkemykset välittyvät ”ei-oikeudellisesta” oikeuden maailmaan standardivaikutuksen kautta ja ”de lege ferenda -tyyppiset” kannanotot voi rajata tutkimuksen päättävään lukuun. Lisäksi normimateriaalin sisältö on rajattavissa sen vaikutusmekanismien ulkopuolelle Scheinin mielenkiinnon kohdistuessa nimenomaan jälkimmäiseen.

Omasta (2000-lukuisesta ja kaikei ”postmodernista”) näkökulmastani Scheinin tutkimus on paitsi perustavanlaatuisella tavalla ongelmallinen myös suorastaan vaarallinen. Joku raukkahan saattaa luulla löytävänsä Scheinin hänelle tarjoilemista kaaviokuvista jonkinlaisen objektiivisen ja ”oikean” tavan ymmärtää ihmisoikeuksia – tai tarkemmin ottaen ainoastaan niiden vaikutuksia. Omien mittapuideni mukaan Juha Lavapuron vuoden 2010 väitöskirja on tältä osin huomattavasti laadukkaampi (tai ehkä pikemminkin 2000-luvun standardien mukaisempi) edustaen kuitenkin monessa mielessä hyvin samantyyppistä (perus- ja ihmisoikeus)positivismia.

Lavapuro aloittaa tutkimuksensa toteamalla usein käyvän niin, että ”juuri tutkimuksessa omaksuttu perspektiivi oikeuteen on itse asiassa sen merkityksellisen tulos – eivät niinkään väitöskirjan sivuilla tehtävät huomiot, tulkintasuositukset ja teoreettiset mallit, jotka syystä tai toisesta esitetään jollakin vääjäämättömällä metodisella loogisuudella tutkimusaineistosta seuraavana totuutena”. Lavapuro arveleekin juuri väitöskirjojen esipuheista löytyvän usein suoraan ”ainakin osan siitä totuudesta, jota muuten pitäisi juurta jaksain selvittää kirjan muista osista, ellei se peräti jäisi kokonaan hiljaiseksi, ehkä vain rivien väleistä havaittavaksi”. Tämä on

⁷⁶³ Hidén 1992 s. 274–275, 278–279 ja 283–285. Ks. myös esim. Husa 2004 s. 109, joka samaan tapaan vaatii perusoikeuksien merkitystä ja suoraa sovellettavuutta haluavilta ”tasapainon vuoksi” myös mahdollisten makrotason ongelmien huomiointia.

⁷⁶⁴ Kyse on jakolinjasta, joka kulkee yhtäältä ”perinteisen” instituutiopainotteisen valtiosääntöoikeustutkimuksen (, jossa tutkimuskohteina olivat ennen kaikkea siis vallanjakoa sen institutionaalisessa ulottuvuudessa, eduskuntaa taikka presidenttiä koskevat kysymyksenasettelut) ja toisaalta etenkin 1990-luvulla painoarvoaan kasvattaneesta perus- ja ihmisoikeuksia koskevasta tematiikasta. Ks. Husa 2004 s. 83–115. Huomattakoon, että Husalle itselleen nimenomaan vallanjako on (vielä perusoikeuksiakin) kattavampi koko julkisoikeuden aluetta leimaava teema (s. 87 ja myös 117, 255–256 ja 259). Lisäksi on huomattava, että Husa varoittaa, ettei kaksijakoinen ajattelu lopulta kuvaa esim. valtiosääntöoikeudellisen sääntelyn todellisuutta kovinkaan tarkasti (s. 87–88). Lopulta Husa painottaakin kokonaisuuden hallintaa – lopulta ”kaikki liittyy kaikkeen” (s. 88–91 ja 111).

erinomaisen osuvasti sanottu ja hienoa on myös se, että Lavapuro katsoo aiheelliseksi todeta heti alussa tutkimuksensa *erinäisten akateemisten sivupolkujen kautta tuotetuksi puheenvuoroksi perusoikeuksien ja demokratian vakavasti ottamisen tärkeydestä, tuohon vakavasti ottamiseen liittyvistä konflikteista ja tuollaisten konfliktien ratkaisemisen periaatteellisista merkityksistä*. Tämän Lavapuro otaksuu tuovan kotimaisessa keskustelukulttuurissa automaattisesti mukanaan perusoikeusfundamentalistin leiman, mikä sopii Lavapurolle erinomaisesti niin kauan kuin kyse on käsityksestä, jonka mukaan ”jokaista on kohdeltava ihmisarvon mukaisesti yhdenvertaisena ja että yksilöiden ja vähemmistöjen oikeuksia tulee toisinaan suojata myös silloin, kun oikeudet estävät demokraattista enemmistöä toteuttamasta tahtoaan taikka kun niitä vastassa on painava yhteiskunnallinen tarve”.⁷⁶⁵

Tunnustaudun ilomieliin Lavapuron kanssa tällaiseksi perusoikeusfundamentalistiksi. Uskon kuitenkin meidän ymmärtävän *ihmisarvon, yhdenvertaisuuden, demokratian* sekä *painavan yhteiskunnallisen tarpeen* kaltaiset hienot sanat Lavapuron kanssa siinä määrin eri tavoin, ettei meistä kummankaan tunnustus vielä kerro paljon mitään. Tämän johdosta joudunkin perkaamaan Lavapuron sanomisia ”juurta jaksain” muualtakin kuin roomalaisittain numeroiduilta sivuilta.

Lavapuro kertoo tutkimuksensa varsinaiseksi ydintematiikaksi perustuslain ja erityisesti siinä vahvistettujen oikeuksien toteutumisedellytyksiä määrittävät institutionaaliset rakenteet ja menettelyt. Kyse on eritoten siitä ”miten modernin konstitutionalisin klassista jännitettä yhtäältä valtiosäännönmukaisten ja demokraattisten menettelyjen tuottaman legitimitietin ja toisaalta perus- ja ihmisoikeuksissa tiivistyvän sisällöllisen legitimitietin välillä tulisi yleisten oppien tasolla hahmottaa uudelle valtiosääntöistymiselle tyypillisen pluralismin puitteissa”.⁷⁶⁶ Lavapuro etsii siis vastausta demokraattisen päätöksentekojärjestelmän tuottaman muodollisen oikeuden sekä perus- ja ihmisoikeuksien tuottaman sisällöllisen oikeuden väliseen jännitteeseen. Ja tekee tämän kumpaisenkin oikeuden *legitimitietin* osalta. Jo tässä kohtaa voi huomata kysymyksenasettelun olevan (pitkälti Scheinin tapaan) mitä positivistisin. Lavapuron hahmottelema jännite pelkistyy säädettyjen normien muodollisen legitimiisyyden ja niin ikään säädettyjen perus- ja ihmisoikeuksien sisällöllisen legitimiisyyden välille. Ei ole yllättävää, että Lavapuro sitoutuukin oikeuden legitimiisyyden osalta nimenomaisesti *normatiivisuuteen*. Tällä hän viittaa ”pitkälti” Kaarlo Tuorin kriittisen oikeuspositivismin linjaukset allekirjoittaen positiivisoikeudellisiin, moraalisiin ja eettisiin perusteisiin erotuksena *empiirisestä* tosiasiallisesta, vaikkapa jonkinlaisen ”ideaaliauditorion” hyväksynnästä. Jonkinlaisena erona Tuoriin Lavapuro kertoo painottavansa moraalin ja etiikan ohella juuri positiivisoikeudellisia normeja. Julkinen vallankäyttö onkin Lavapurolle legitimiä vain sen perustan ollessa palautettavissa demokraattisissa ja perustuslainmukaisissa menettelyissä asetettuun lakiin ja täyttyessä ennen muuta perusoikeussäännöksissä ja ihmisoikeussopimuksissa määritellyt sisällölliset vaatimukset.⁷⁶⁷ ”Moderni oikeus on ihmisten itse itselleen säätämää oikeutta – se ei voi perustua sen paremmin luonnonoikeuden tapaisiin yliajallisiin ja inhimillisistä tahdonilmauksista riippumattomiin normeihin kuin diktaattorin tai valistuneen itsevaltiaan käskyihin.” Demokraattista päätöksentekoa

⁷⁶⁵ Lavapuro 2010 s. v.

⁷⁶⁶ Lavapuro 2010 s. 5, 37 ja 48.

⁷⁶⁷ Lavapuro 2010 s. 8 erit. alav. 20.

rajoitetaan legitiimisti Lavapuron käsityksen mukaan niin ikään demokraattisesti säädetyin perusoikeuksiin⁷⁶⁸.

Lavapuro ei missään tapauksessa kiistä oikeutta koskeviin päätöksiin väistämättä sisältyviä moraalis-poliittisia valintoja, vaan tunnustaa tämän nimenomaisesti. Kyseistä tunnustusta seuraa ajatus oikeudellisten tai poliittismoraalisten kysymysten abstraktin tason oikeiden vastausten mahdottomuudesta pluralistisissa yhteiskunnissa. Lavapuron johtopäätöksenä onkin (tutkimuskysymyksensä mukaisesti!) tyytyä vain suunnittelemaan instituutioita koskevat *muodolliset* järjestelyt tavalla, joka ottaa vakavasti kyseisen *sisällöllisen* epätäydellisyyden ja ennaltamääräämättömyyden. Yhden ensisijaisen perustuslaintulkitsijan sijaan Lavapuro nojautuu valtiosääntöiseen pluralismiin ja vuorovaikutukseen – monologin sijaan dialogiin – tai asiasisällön sijaan prosessiin. Kun puhtaan sisällöllinen perusoikeusteoria ei Lavapuron uskon mukaan ole mahdollinen, keskittyy hän perusoikeuksien sisällön tulkinnan sijaan nimenomaan justifikaatiokysymykseen. Scheininin tavoin Lavapuro kertoo kyllä sivuavansa tutkimuksessaan muun muassa perus- ja ihmisoikeussäännösten konkreettista sisältöä koskevia tulkintaongelmia sekä myös tätä taustoittavaa oikeuskulttuurista ja yhteiskunnallista todellisuutta. Tutkimuksen varsinaisesta ydintematiikasta ei kuitenkaan ole kyse. Kyse on mitä diskurssiettäisimmästä näkemyksestä, jonka osalta Lavapuro kiittää ennen kaikkea W. J. Waluchowia.⁷⁶⁹

Tältä osin on huomattava, että Tuorin kriittistä positivismia enemmän Lavapuro seurailee kaikesta edellisestä huolimatta tutkimuksessaan Ronald Dworkinin oikeudellisen integriteetin teoriaa ilmoittaen omaksumansa rationaalisuuskäsityksen perustuvan oikeudellisten tulkintojen yhteensopivuuteen oikeusjärjestyksen kokonaisuuden ja siinä voimassa olevien oikeusperiaatteiden kannalta. Uskaltaisinkin väittää, ettei Lavapuro itse näe itseään positivistina lainkaan – ei ainakaan ”perinteisenä” sellaisena. Dworkin edustaa Lavapurolle ”oikeuspositivismin merkittävintä kriteerikkoa”, joka periaatelähtöisen ajattelun kautta tarjoaa *vaihtoehtoon* positivismille.⁷⁷⁰ Lavapuro asemoikin itseään useassa kohdin suhteessa (perinteiseen) positivismiin, jonka hän näyttää (Dworkinin sääntö/periaate -teoriaa seurailleen) ymmärtävän sääntöperusteiseksi oikeusajatteluksi ja jonkinlaiseksi *formaalis-pragmaattiseksi* ajattelumalliksi. Tämän vastakohtana Lavapuro asettuu puoltamaan *kriittis-normatiivista asennetta* todeten oikeustieteen asemaksi immanentin kriitikon roolin; siltä osin kuin tällainen kritiikki jotain epäoikeudenmukaisuuksia paljastaa ja muuttaa, ”on kritiikin lähtökohdat säännönmukaisesti haettava oikeudesta itsestään”.⁷⁷¹

Lienee selvää, ettei Lavapuron tutkimuksessaan harrastama ”kritiikki” ja käsitys siitä vastaa kaikkien itsensä kriittisinä oikeusajattelijoina mieltävien käsityksiä. Säädannäiseen ja positiiviseen oikeuteen näkökulmansa rajaava joutuu tyytymään säädannäisen ja positiivisen oikeuden sisäiseen kritiikkiin.⁷⁷² Tällainen ei tietystikään kaikille riitä. Esimerkiksi tässä tutkimuksessa omaksutusta pluralistisesta näkökulmasta Dworkin ei missään tapauksessa edusta oikeuspositivismin

⁷⁶⁸ Lavapuro 2010 s. 85.

⁷⁶⁹ Lavapuro 2010 s. 5, 44–45, 282–283 ja 287–288.

⁷⁷⁰ Lavapuro 2010 s. 51–52 ja 86–88. Ajatus Dworkinista ”positivismin merkittävimpänä kriteerikkona” löytyy Wikipedian (vierailtu 1.4.2020) mukaan myös *Stanford Encyclopedia of Philosophy* -teoksen kohdasta ”Legal Positivism”.

⁷⁷¹ Lavapuro 2010 erit. s. 89–103, jossa Lavapuro käy keskusteluun positivismiksi ymmärtämänsä ajatusmallin kanssa. Ks. myös s. 246–247 ja 291, josta lainaus on.

⁷⁷² Tämän toteaa esim. Tuori 2000 s. 30–32 ja 268–269 oman kriittisen oikeuspositivismin teoriansa kohdalla ja tästä häntä muistuttavat vielä mm. Martti Koskeniemi 2008 s. 121–123 sekä Raimo Siltala 2003 s. 662–668.

merkittävintä kriitikkoa, vaan *vaihtoehtoa* ”perinteiselle” ennen kaikkea Hartin ja Kelsenin ajatuksiin palautuvalle positivistiselle teorialle⁷⁷³. Lavapuron näkemys Dworkinista positivismiin kriittikkona – saatikka merkittävimpana sellaisena – kertoo niin ikään Lavapuron omasta aseoitumisesta. Mikäli haluaa lukea aitoa oikeuspositivismiin kritiikkiä – ja asemoida näin Lavapuron käsityksiä tarkemmin – kannattaa tarttua sellaisiin teoksiin kuin Juha-Pekka Renton *Prudentia iuris* (1988) tai Kaius Ervastian *Lakimies, oikeus, yhteiskunta* (2017)⁷⁷⁴. Kyseiset teokset muodostavat luonnonoikeudellisemmän ja oikeusrealistisemmän näkökulman oikeuteen ja myös oikeuspositivismiin. Mikäli haluaa asemoida Lavapuron ajatuksia vielä tarkemmin kannattaa tarttua Hannu Tolosen teokseen *Luonto ja legitimaatio* (1984), jossa oikeuden legitimaatiokysymykseen etsitään vastausta positivistisen perinteen sijaan luonnosta – tai tarkemmin *klassisesta aristotelismin traditiosta* ja praktisen järjen käytöstä⁷⁷⁵. Tai Juha Karhun teokseen *Uusi varallisuus-oikeus* (2000), jossa systematisoidaan varallisuus-oikeutta perusoikeusmyönteisesti, mutta Karhun muotoileman *yhteisöllisen käytännön mallin* pohjalta⁷⁷⁶. Tai Jaakko Husan teokseen *Non liquet?* (2004), jossa muun muassa perustuslainmukaisuuskontrollia sekä perus- ja ihmisoikeuksia tarkastellaan niin ikään valtiosääntöoikeuden kannalta, mutta perusoikeuksien sijaan pikemminkin vallanjoon näkökulmasta sekä ilman halua (tai kykyä) vetää kovinkaan tarkkoja rajoja oikeuden ja politiikan välille, sekä ennen kaikkea paljon paljon Lavapuroa kriittisemmin⁷⁷⁷. Kaikkien edellisten valossa

⁷⁷³ Dworkin itse lukee *law as integrity* -teoriansa nimenomaan *positivistiseksi* käsitteeksi oikeudesta, yhdessä *konventionalismin* kanssa (Dworkin 1986 s. 117). Kyse on perustavanlaatuisesta tavasta käsitteellistää oikeus – siitä, mistä oikeudessa on kyse (“*conceptual description of law*”, “the ultimate point of law”) (s. 95 ja 127). Samantapaisesti esim. Hyttinen 2015 s. 110 alav. 94 lukee Dworkinia positivismiin kritiikin sijaan pikemminkin ”omaehtoisena pyrkimyksenä vastata oikeuspositivismiin jäljelle jättämään oikeusturvavajeeseen”. Hyttinenkään ei tosin näyttäisi pitävän Dworkinia positivistina, vaikkakin toteaa tämän pitävän oikeusjärjestystä normatiivisesti suljetuna systeeminä. Ja myöhemmin s. 125 vielä tämän pyrkimyksen yhtäläiseksi positivistien kanssa: oikeusturvan ja ennakoitavuuden turvaamisen. Hyttisen väitöskirja on Scheinin ja Lavapuron väitöskirjojen tapaan mielestäni asemoitavissa lopulta varsin yksipuolisen lukudieetin varassa toteutettuun *oikeuspositivistiseen* perus- ja ihmisoikeustutkimukseen, jossa tyypillistä on juuri Dworkinin mieltäminen jonkinlaisiksi perustavanlaatuisiksi irtiotoiksi oikeuspositivismista. Esim. Hyttinen 2015 s. 182–183, 313 ja 330–331 tiivistää oikeuden ontologisen hahmottamisen vaihtoehtonsa a) (ennen kaikkea kai hartilaiseksi) lakipositivismiksi, b) dworkinilaiseksi periaateteoriaksi sekä c) aarniolais-peecenikiläis-alexyläiseksi argumentaatioteoriaksi. Esim. leipätekstissään seuraavaksi mainitsemiani teoksia selaillemalla voi nopeasti todeta, ettei kyse suinkaan ole minkäänlaisesta tyhjentyvästä luettelosta, vaan nimenomaan luonnonoikeudellisemmista ja realistisemmista näkökulmista katsoen kolmesta surkuhupaisan samalla tavoin ajattelevasta traditiosta. Ks. aiheesta vielä Kolehmainen 2019, joka käsittelee oikeusajattelua Kelsenistä *Hartin kautta* Dworkiniin todeten kyseisten auktoriteettien ”kalastavan samassa laidenpohjussa, mutta sen eri päissä ja eri pyyntivälineillä” (s. 2).

⁷⁷⁴ Rentto 1988 s. 3 pykälä omista (*luonnonoikeudellisista*) lähtökohdistaan todistamaan oikeuspositivismiin virheelliseksi. Ks. erit. 3. luku, jossa Rentto vertailee oikeuspositivismia ja luonnonoikeusajattelua. Ervasti 2017 s. 13 puolestaan puhuu omista *realistisista* (tai ”yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen”) lähtökohdistaan ”klaustrofobisesta maailmasta”, johon positivistiseen oikeuteen rajoittuva ja siis taloudellisesta, poliittisesta ja kulttuurisesta kontekstistaan irrotettu oikeuskäsitys itsensä tunkee.

⁷⁷⁵ Tolonen 1984 s. 10.

⁷⁷⁶ Pöyhönen 2000 s. ix ja 196. ”(Oikeudenmukaisen) Yhteisöllisen käytännön malli” on Pöyhösen jo vuoden 1988 väitöskirjassaan muotoilema tapa ymmärtää sopimusoikeutta – ja nyt siis varallisuus-oikeutta laajemminkin (Pöyhönen 1988 esim. s. 160–162).

⁷⁷⁷ Husa 2004 s. vii–viii ja 10–14. Husan teoksesta käsin luettuna Lavapuron väitöskirja näyttää pitkästi sellaisena Husan mainitsemana ”älyllisenä paradoksina”, jossa perusoikeuksien syvemmälle lainkäyttöön toteuttamiseksi perustellaan vallanjoon eli ajatuksella siitä, että tuomioistuimet ovat oikeudellisia elimiä ja juuri siksi niiden tulee valvoa perusoikeuksien toteutumista. Paradoksi on Husan mukaan siinä, että vallanjako puolestaan itse hapertuu juuri tästä samasta syystä: vahvasti perusoikeusvetoinen ratkaisuarargumentaatio voi tuoda mukanaan tulkintaan elementtejä, jotka edellyttävät yhä enemmän nojaamista oikeuden ulkopuolisiin arvostuselementteihin. (s. 136 ja myös 261) Husa muistuttaa lakien perustuslainmukaisuuden jälkikäteisen ja tuomioistuintenvetoisen normikontrollijärjestelmän asettavan perusoikeudet ja vallanjoon väistämättä vastakkain. Eikä tätä periaatteellista vastakkainasettelua voi kokonaisuudessaan kieltää, selittipä asiaa sitten miten päin tahansa (s. 143–144). Lisäksi Husa muistuttaa demokratiaperiaatteen sisältämistä ulottuvuuksista, jotka tekevät sen ”kaikkea muuta kuin monoliittiseksi”. Tämän johdosta demokratiaperiaatteen itsensä käyttö jonkinlaisena tulkintaperusteena ei ole helppoa. (s. 145) Oman käsitykseni mukaan Lavapuron tutkimuksen paradoksi on juuri siinä, että hän yrittää tehdä muodon ja sisällön välisestä konfliktista yhtä demokratian ja muodon juhlaa – painottaen puheen tasolla samalla toki sisältöä, mutta puhumatta siitä kuitenkaan *sisällöllisesti* juuri mitään. Olen luullakseni jälleen kerran jossain määrin samoilta jäljillä Juha-Pekka Renton kanssa, joka puhuu demokratian ylivoimaisuuteen uskova, mutta ”savijaloilla seisovista” legitimaatioilmaileista, joissa niin legitimiiden kuin demokratiankin käsitteet ylikuormitetaan (Rentto 1989 s. 353–354). Rentto muistuttaa, ettei kaikkia oikeuden arvon kriteerejä tulisi sisällyttää *legitiimiyden* käsitteeseen, koska muuten käy helposti siten, etteivät legitimiyskeskustelun osapuolet pian enää tiedä, mistä he oikeastaan puhuvat (s. 372–375). Aivan samoin käy, jos *demokratian* käsitteeseen upotetaan niin arvot, vapaus ja oikeudetkin (s. 377–378). Rentto kritisoi uskoa demokratian ylivoimaisuuteen painottaen sen sijaan *eukratiaa* – hyvää järjestystä, jossa niin demokraattisia, aristokraattisia kuin monarkkisiaakin päätöksentöön muotoja sovelletaan kulloistenkin olosuhteiden mukaisesti päämääränä *yhteinen hyvä*. Syyksi demokratian viehättävyyteen

Lavapuron tutkimus on pesunkestävää positivismia. Esimerkiksi oma tutkimukseni näyttäytyy Lavapuron näkökulmasta uskoakseni mitä epäilyttävimpänä luonnonoikeusajatteluna, jossa annetaan pelottavan paljon painoarvoa *omantunnon* auktoriteetille – *voluntakselle*, jonka Lavapuro varmaankin katsoisi tarpeelliseksi ”rationalisoida” ja ”oikeudellistaa”⁷⁷⁸.

Tämä ei tarkoita, ettemmekö päätyisi Lavapuron kanssa väitöskirjoissamme paikoin ehkä hämmästyttävänkin samanlaisiin lopputulemiin. Lavapuro painottaa lopulta muotoilemansa demokraattisen muodon sekä perus- ja ihmisoikeudellisen sisällön välisen jännitteen ratkeamattomuutta, tämän tunnistamisen tärkeyttä sekä tälle annettavaa positiivista merkitystä; sen paremmin demokraattisella lainsäätäjällä, tuomioistuimilla kuin oikeusfilosofoillakaan ei ole – kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioiden – yliverstaista pääsyä niihin periaatteisiin, joiden puitteissa perusoikeuksien ja demokratian suhdetta koskevia tulkintaongelmia joudutaan ratkaisemaan. Näin ollen myöskään kysymys lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan oikeutuksista ei ole loppuun saakka ratkaistavissa yleisellä tasolla, vaan jatkuvana eri instanssien *perusteltujen* kantojen välisenä *keskusteluna*. Kyse onkin ”herkkydestä jännitteille” sekä ”tilannesidonnaisesta välitysteoriasta”.⁷⁷⁹ Kuten jatkossa tullaan huomaamaan, Lavapuron ratkaisu on oman tutkimukseni näkökulmasta hyvin sympaattinen ja edustaa kaiketi monissa kohdin kanssani samanlaista pluralistista ja kontekstualistista näkökulmaa. Lavapuro päätyykin lopulta ”presumptiiviseen kontekstualismiin”, jossa niin oikeudellisten kuin poliittis-moraalistenkin kysymysten ennakkollinen abstraktin tason ratkaiseminen jää pluralistisessa yhteiskunnassa mahdottomuudeksi ja tutkijan tehtäväksi vain tämän epätäydellisyyden ja ennaltamäärättömyyden vakavasti ottavien instituutioiden suunnittelemiseen tyytyminen⁷⁸⁰.

Termi ”presumptiivinen kontekstualismi” on lainattu jo useampaan kertaan edellä mainitusta Juha Karhun teoksesta *Uusi varallisuus oikeus* (2000). Uskoakseni juuri tähän teokseen peilaamalla on mahdollista tunnistaa olennaisimmat erot myös omani ja Lavapuron ajattelun välillä. Lavapuro lainaa Karhulta *presumptiivisen kontekstualismin* -nimen jättäen kuitenkin ottamatta kantaa nähdäkseni kaikkein olennaisimpiin Karhun tässä yhteydessä esittämiin näkemyksiin. Karhu itse päätyy nimenomaan *presumptiiviseen kontekstualismiin* rajanvetona yhtäältä L. E. Taxellin realistiseen ja toisaalta M. I. Niemen positivistiseen teoriaan. Karhu irrottautuukin positivismista sikäli, että toteaa, ettei normien muodollisesta pätevyydestä seuraavaa velvoittavuutta tule asettaa ratkaisuharkinnan lähtökohdaksi, vaan soveltuvat normit

Rentto arvelee sen kyvyn erottaa tehokkaasti toisistaan poliitikkojen henkilökohtainen vastuu ja instituutioiden legitiimi auktoriteetti, mikä puolestaan on omiaan vahvistamaan mielikuvaa sen oman aseman vankkumattomasta legitiimiydestä. (s. 390–391) En jälleen kerran itse tiedä, uskaltautuisinko täysin yhtyä Renton demokraatikkritiikkiin. Sinällään hänen havaintonsa vaaroista, joita kaiken ihanan ympäpäminen demokratian ja legitiimisuuden käsitteisiin aiheuttaa on mielestäni hyvinkin perusteltu. Vaaroista sivuuttaa sisällöllisen oikeudenmukaisuuskysymykset ja korvata ne uskolla muodollisiin instituutioihin ks. myös Koskeniemi 2002 erit. s. 176–178, joka vuosien 1870–1914 eurooppalaista siirtomaapolitiikkaa ja siihen liittyvää kansainvälistä juridiikkaa tarkasteltuaan toteaa, etteivät instituutiot itsessään johda hyvään tai huonoon yhteiskuntaan, vaan samanlaiset hallitsemisen mallit voivat *kontekstista riippuen* johtaa mitä erilaisimpiin lopputuloksiin. ”The Congo Free State, a mandates or a trusteeship arrangement may, just like a global trading system or a Multilateral Agreement on Investment under a World Trade Organization (WTO), be used for freedom and for constraint. Administrative structures – whether those of sovereignty or internationalization – only marginally determine the policies for which they are used. We recognize their character only by reference to substantive ideals about the political good we wish to pursue. Here lies the difficulty. Institutions do not replace politics but enact them. ... But whatever the choice of institution, it should be a matter of debate and evidence, and not of the application of universal principles about ”civilization,” ”democracy,” or ”rule of law.”

⁷⁷⁸ Ks. erit. Lavapuro 2010 s. 72. Esim. ”kriittis-realistiset” äänenpainot Lavapuro tutkimuksessaan vielä lyhyesti noteeraa (s. 282–283), mutta varsinainen luonnonoikeusajattelu loistaa poissaolollaan.

⁷⁷⁹ Lavapuro 2010 s. 142–145.

⁷⁸⁰ Lavapuro 2010 s. 287–288.

on etsittävä ja määritettävä sen mukaan, mikä soveltamisessa havaitaa asianmukaiseksi (*Natur der Sache*). Tilanneherkkyyden taustalle Karhu sijoittaa Aristoteleen *Retoriikan* pyrkien näin täydentämään kotimaisen juridiikan retorista trendiä kaiken retorisuuden keskellä lapsipuolen asemaan jääneellä vastinparillaan eli *topiikalla*. Topiikkaan Karhu puolestaan yhdistää ajatuksen siitä, kuinka jokaisen oikeusnormin pätevyys voidaan aina kiistää soveltamistilanteen tällaista edellyttäessä. Tämän kaiken pohjalta Karhu puhuu ”yleisen painopisteen siirtymisestä” *tiedosta* kohti *tahtoa* ja *oikeasta* kohti *hyvää*. Karhu päättääkin tutkimuksensa kysymykseen siitä, lieneekö sattumaa, että yhteisössä elävät ihmiset näyttäisivät jo aikoja sitten tiivistäneen hyvän elämän peruspiirteet tavalla, joka suuresti vastaa myös Karhun ”uuden varallisuus-oikeuden” keskeisiä periaatteita: *varautumista*, *luottamuksensuojaa* ja *avoimuutta*. Tällaisiksi ”kultaisiksi säännöiksi” Karhu nostaa maksimit: *Alterum non laedere* (Älä loukkaa lähimmäisiä), *Suum cuique tribuere* (Anna kullekin hänen omansa) sekä *Honeste vivere* (Elä kunniallisesti).⁷⁸¹

Juuri tässä on eroni Lavapuroon. Lavapuro on oman oikeuspositivistisen valintansa tehnyt, eikä näe asiakseen juuri enää muiden kanssa keskustella. Hän lainaa muutta mutkitta esimerkiksi Karhun muotoilemia kontekstualistisin ja tilannesidonnaisuuden oppeja ottamatta mitään kantaa siihen ilmiselvään luonnonoikeudelliseen (tai yhteiskunnallis-realistiseen) painotukseen, joka niiden taustalla piilee. Lavapuron pluralismi ja dialogisuus ulottuu perus- ja ihmisoikeuksien sisältöjen muotoiluun sekä perustuslakikontrollin järjestämisen tapaan, ei hänen oman tutkimisensa metodiin ja tapaan ajatella oikeudesta. Lavapuro ei katso esittämiensä väitteiden totuusarvon riippuvan jostakin yksittäisestä työn taustalle sijoitettavasta metodista, vaan ”yksinkertaisesti paikasta, joka tutkimukselle asemoituu osana sitä keskustelua, jota valtiosääntö-oikeutta työkseen tutkivat asiantuntijat käyvät valtiosääntö-oikeudellisten käytäntöjen kanssa”⁷⁸². Uskoakseni Lavapuron löytämät totuudet ja niiden arvo riippuvat ehkä pelkkää valtiosääntötutkimusta hieman laajemmin siitä positivistisesta traditiosta, johon hän sitoutuu. Jos sattuu uskomaan oikeuden asustavan säädännäisissä oikeusnormeissa, voi Lavapuron työstä tunnistaa varmaan paljonkin totuuksia. Jos ei tällaiseen usko, jää työ monilta osin melko mielenkiinnottomaksi johtuen siitä, ettei muunlaisille totuuksille (tai edes näkemyksille) anneta tilaa käytännössä lainkaan.

Nähdäkseni Jeremy Waldronin huomio juridisten menettelyjen luonteesta kuvaa Lavapuron tutkimusta erinomaisesti: *poliittisesti ja moraalisesti hyvin merkittävät ja usein yhteiskunnallisen vedenjakajan asemassa olevat perusoikeusratkaisut edellyttäisivät normatiivisen perusluonteensa vuoksi mahdollisimman perusteellista, ideaalityyppisesti kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioonottavaa ja niiden merkitystä syvällisesti puntaroivaa harkintaa. Tällainen harkinta ei kuitenkaan tyypillisesti kuulu oikeudellisen päätöksenteon perusmetodeihin. Juridiset menettelyt kun pyrkivät pikimmiten systemaattisesti muuttamaan oikeuksia koskevat tulkintakysymykset kysymyksiksi toimivallasta, tapaukseen soveltuvasta säännöksestä, asiaan vaikuttavista ennakkopäätöksistä ja niin edelleen. Toisin sanoen ne siirtävät sisällöllisen keskustelun moraalisesti ladattujen periaatteiden todellisesta merkityksestä syrjään ja korvaavat sen tapaukseen sovellettavan säännön paikantamiseen keskittyvällä juridisteknisellä analyysillä.*⁷⁸³ Juuri tähän tapaan

⁷⁸¹ Pöyhönen 2000 s. 198–200.

⁷⁸² Lavapuro 2010 s. 53.

⁷⁸³ Lavapuro 2010 s. 239–240, jossa Lavapuro siis referoi tähän tapaan Waldronia.

Lavapuron (ja Scheininin) tutkimus toimii; se välttelee poliittis-moraalisia kannanottoja ollen kiinnostunut perusoikeussäännöksistä ja -periaatteista sekä niiden toteutumisesta – tai paremminkin tavasta, jolla niiden toteuttaminen institutionaalisesti järjestetään, tai kuvataan. Sisällöllisesti perusoikeuksia ei lähdetä arvioimaan. Lavapuro päätyy kyllä muun muassa ”kritisoimaan legalistista perusoikeustulkintaa ja korostamaan demokratiaperiaatteen, avoimen ja kaikki asiaan vaikuttavat seikat huomioimaan pyrkivän argumentaation sekä tuomioistuinten joustavamman oikeuslähdeopin merkitystä perustuslakivaliokunnan ratkaisutoiminnan legitimitetille”⁷⁸⁴. Itse ulotan tismalleen saman kritiikin Lavapuron tutkimuksen uskottavuuteen! Ja vaatimuksen kääntöpuolena on juuri se, minkä Lavapurokin tunnistaa: *oikeudellisen sitovuuden* vaarantuminen – ajatus siitä, ettei Lavapuro esitäkään tutkimuksessaan jonkinlaisia sitovia totuuksia, vaan ainoastaan omia, ja vieläpä siis varsin yksipuolisen lukudieetin varassa muodostettuja näkemyksiään.

Juuri tässä piilee oikeuspositivismin perustavanlaatuinen ongelma. Härkäpäinen sitoutuminen säädännäiseen ja demokraattisen päätöksentekoprosessin kautta tuotettuun, ja siis *voimassa* (jo) *olevaan* oikeuteen tekee kaikenlaiset aidosti uudet ehdotukset ongelmallisiksi. Positivisti joutuu esittämään kaikki kannanottonsa sellaisina, että ne oikeastaan jo sisältyvät vallitsevaan oikeuteen. Lopulta oikeuspositivisti *kuva* jo vallitsevaa – joskin tietysti paremmin kuin muut. Lopulta positivisti ei oikeastaan voi ehdottaa mitään uutta. Tai kyllähän hän tietysti tosiasiasa näin tekee, mutta ei hän sitä voi suoraan sanoa. Jo Scheininin työn kohdalla (nykyvalossa paljon räikeämmät) esiin nostetut ongelmat ovat läsnä myös Lavapuron tutkimuksessa. Väitöskirjansa sivuilla 43–44 Lavapuro kertoo tavoitteekseen perustuslakikontrollijärjestelmän rakenteellisen perustan *normatiivisen* määrittämisen, ei niinkään kuvaamisen. Jo sivulla 47 hän kuitenkin väittää oman *uuden perustuslakikontrollinsa* edustavan ”perinteisiä perustuslakikontrollimalleja parempaa kuvausta nykyisistä pluralistisista valtiosääntöoikeudellisista käytännöistä”. Pääargumenttinsa Lavapuro toteaa kuitenkin edelleen *deskriptiivisen* sijaan *normatiiviseksi*; hänen mallinsa kun tarjoaa ”etenkin moniarvoisessa demokraattisessa oikeusvaltiossa paremman kriittisen mittapuun demokraattisesti säädettävien lakien perustuslainmukaisuuden valvonnalle kuin perinteiset keskitettyä mallia perustelevat valtiosääntöteoriat”. Ja sama jatkuu jälkisanoihin asti. Sivuilla 285–286 Lavapuro kertoo käyttäneensä uuden perustuslakikontrollin käsitettä niin ”*kuvaamaan* nykyvaltiosäännöllemme leimallista normikontrollijärjestelmää” kuin viittaamaan ”*normatiivisen valtiosääntöteorian* ja yleisten oppien tasolla perinteiselle hierarkkiselle ja yksiselitteiselle säädösvalvonta-ajattelulle *vaihtoehtoiseen tapaan* ymmärtää modernia valtiosääntöä” ja vielä ”*jäsentämään uudelleen* nimenomaan ne perusoikeusperiaatteita ja demokratiaperiaatteita koskevat valtiosääntöoikeudelliset lähtökohtaoletukset, joiden varaan varsin perinteiset argumentit tuomioistuinvallannon demokratianvastaisuudesta ja lainsäätäjän harjoittaman valvannon irrationaalisuudesta ovat nojautuneet”. Yhdellä ja samalla kertaa Lavapuro kertoo väittäneensä, että ”kotoperäisesti omaksutut perustuslakikontrolliratkaisut vastaavat merkittävässä määrin kansainvälisen valtiosääntövertailun piirissä hahmoteltuja perustuslakikontrollin uusia muotoja”, mutta että hänen rekonstruktionsa taustalla olevat modernin valtiosäännön periaatteelliseen taustaan liittyvät oletukset ”tarjoavat perinteistä hierarkkista valtiosääntöoikeudellista

⁷⁸⁴ Lavapuro 2010 s. 243.

teorianmuodostusta paremmat edellytykset arvioida konkreettisia oikeudellisia käytäntöjä”.

Oikeuden mieltäminen ennen kaikkea säädännäiseksi ja auktoritatiiviseksi normimateriaaliksi johtaa juuri siihen, ettei tutkija lopulta voi irtaantua oikeuden kuvaamisesta. Jos oikeuden näkee itseni tavoin pluralistisempaan ”radikaalin tulkinnanvaraisena” asiana, johon mahtuu säädännäisten normien ohella myös tosiseikkoja ja vieläpä arvoja, ja joiden välillä kaiken kukkuraksi ei edes vallitse minkäänlaista perustavanlaatuista eroa, näyttäytyy tällainen juuri sellaisena hullunkurisena kuurupiilona, jollaisena olen Scheininin ja Lavapuron tutkimukset esittänyt. Lopulta kaikki väitteet on yritettävä tavalla tai toisella siloitella jo olemassa olevan (normiaineksen) kuvaukseksi. Kyse on samasta asiasta, josta syytin edellä jo muun muassa Nuutilaa ja Melanderia. Kyse on tavasta pukea omat ja mahdollisesti hyvinkin radikaalit muutosehdotukset ”tällaista tämä *moderni* (rikos)oikeus nyt vain sattuu jo olemaan” -kuvauksiin. Lavapuro on sentään ymmärtänyt otsikoida esityksensä *uudeksi* perustuslakikontrolliksi – eikä hänen esityksensä muutenkaan ole missään tapauksessa pahimmasta positivistisesta päästä (vrt. vaikkapa Scheinin). Ero vaikkapa siihen, miten Karhu oman *uuden* varallisuusoikeutensa esittää on kuitenkin huomattava.

Itse en tässä tutkimuksessa väitä kuvaavani modernia rikosoikeutta muita paremmin. Sen sijaan väitän esittäväni modernista kotimaisesta rikosoikeudesta poikkeavan ja *omien teesieni valossa* huomattavasti muita paremmin perustellun näkemyksen rikosoikeudesta. Paremmuus ei perustu jonkinlaiseen vastaavuuteen jo vallitsevan kanssa, vaan ennen kaikkea määrittämiäni teesien tutkimuseettiseen kestävyyteen, ehkä jopa eräänlaiseen *ylevyyteen*⁷⁸⁵. Oma tutkimukseni seisoo tai kaatuu tutkimusteiesieni mukana, ja edelleen sen mukana, kuinka onnistunut niitä noudattamaan. Minulla ei ole minkäänlaista pyrkimystä miellyttää lukijaani apinoimalla jotain voimassa olevaa yhtään sen enempää kuin *oma*, ja toivon mukaan *perusteltu*, käsitykseni *voimassa olevasta oikeudesta* edellyttää. Ja käsitykseni mukaan kyse on ”radikaalin tulkinnanvaraisesta” asiasta, joka edellyttää niin jonkinlaisen formalismin, realismin kuin luonnollisuudenkin hyväksyntää ja huomioimista. Se, mitä tämä käsitykseni tarkalleen ottaen tarkoittaa, ratkeaa (siinä määrin kuin sen ratkaiseminen ylipäänsä on edes mahdollista) tämän tutkimuksen myötä. En liene nykymittapuilla positivistiksi, vaan luonnonoikeusajattelija. Itse koen tietysti itseni tismalleen samalla tavoin kuin kaikki muutkin itsestään ajattelevat: olen tismalleen *sopiva*! Kuka hullu nyt tahallaan *vääristäisi* totuutta tavoittelevia tutkimuksiaan?!

⁷⁸⁵ Ks. James Whitman 2004, joka peräänkuuluttaa eräänlaisen yleveyden (glory) palauttamista oikeushistoriaan. Ks. myös Malminen 2016 s. 125–126, joka ensimmäisen polven oikeusrealisteja (ennen muuta Jhering, Holmes ja Hägerström, mutta myös Nietzsche) tutkiessaan toteaa, ettei näiden soveltama historiallinen tarkastelu täytä 2000-luvun ammatillisen historian tutkimuksen kriteereitä (tai ainakin näyttää niiden valossa perin epäilyttävältä). Malminen nostaa mielestäni tarkkanäköisesti tässä kohdin esille sen, että kyseisten 1800- ja 1900-luvun taitteen ”oikeusrealistien” näkökulmasta nykyinen historian tutkimus on puolestaan varsin marginaalista, ja ylipäänsä kyvytön vastaamaan sen kokoluokan kysymyksenasetteluihin, joihin sata vuotta sitten etsittiin vastauksia. Vaikkei oma yleveyden tavoitteluni tietysti olekaan mitenkään yhtenevä Whitmanin ja Malmisen oikeushistoriallisiin linjauksiin, on tiettyjä yhtymäkohtiakin havaittavissa. Omien tutkimuseettisten teesieni valossa valtaosa vaikkapa nykyrikosoikeudesta jää surkukupaisen vähäpätöisten kysymysten näpertelyksi apuvälineinä paitsi vähäiset myös köykäiset metodiset valmiudet, joista jotain positiivista etsittäessä voidaan toki todeta niiden tekevän oikeutta itse edellä jo mainitulle kysymyksenasetteluidensa pikkutarkkuudelle. Ja aivan samoin nykyrikosoikeuden silmissä arvelen oman tutkimukseni jonkinlaiseksi (suuruuden)hulluksi kaipuiksi menneeseen, tai vaikka epämiellyttäväksi moralisoinniksi.

2.3 Mitä tämä kaikki tutkimustani hyödyttää?

Olen edellä käsitellyt neljää viimeistään 1990-luvulla keskeiseen asemaan noussutta ja edelleen vaikuttavaa suomalaisen rikosoikeuden muotisuuntausta. Kyse ei tietystikään ole minkäänlaisesta tyhjentävästä saati tarkkarajaisesta käsittelystä. Toisinkin olisi voinut valita!

Ensinnäkin olen jättänyt käsittelemättä tiettyjä olennaisia trendejä ja kehityskulkuja, joista tärkein lienee niin sanottu rikosoikeuden kansainvälistymis- ja eurooppalaistumismiskehitys⁷⁸⁶. Kyseinen suomalaiseen rikosoikeuteen kiistämättä hyvin olennaisesti vaikuttanut seikka jää esityksessäni vähälle huomiolle kysymyksenasettelustani johtuen. Olen kiinnostunut tuottamuksesta yleisellä tasolla ja sellaisena kuin se voimassa olevasta suomalaisesta rikosoikeudesta ilmenee. On selvää, että hyvin monissa tuottamuksellisen rikosvastuun tilanteissa joudutaan pohtimaan vaikkapa EU-rikosoikeudellisia kysymyksiä. Esimerkiksi kysymystä siitä, onko pesuaineista annettua Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EY) N:o 648/2004 4a artiklaa rikottu RL 48:1 edellyttämällä tavalla törkeästä huolimattomuudesta, on vaikea ratkaista tarkastelematta kaiken muun ohella kyseistä asetusta. Ja aivan samaan tapaan vaikkapa tieliikenteen sosiaalilainsäädännön yhdenmukaistamisesta annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EY) N:o 561/2006 saattaa vaikuttaa keskeisellä tavalla ajoneuvoyhdistelmän kuljettajan huolimattomuuden arviointiin kuolemantuottamuksesta pohdittaessa, vaikei kyseinen asetusta RL 21:8:n tunnusmerkistöön sisällyttää. *Tuottamuksesta yleensä* kyseisillä ulkoperäisillä instrumenteilla on kuitenkin nähdäkseni varsin vähän annettavaa⁷⁸⁷. Lisäksi voidaan toki ajatella käsittelemäni perus- ja ihmisoikeustrendin (tai valtiosääntöistymistrendinkin) pitävän sisällään olennaisissa määrin myös eurooppalaistumis- ja kansainvälistymiskehityksellisiä piirteitä⁷⁸⁸.

En siis tarkoita, etteikö vaikkapa EU-oikeudella tai kansainvälisen rikosoikeuden piirissä kehitellyillä vastuumalleilla voisi sinällään olla merkitystä huolimattomuusarvioinnille, saatikka kotimaiselle rikosoikeudelle ylipäänsä. Sen sijaan väitän, ettei niillä ole kovinkaan suurta merkitystä rikoksen rakenteen, kausaalisuuden, vaarantamisen, tahallisuuden ja tuottamuksen kaltaisten rikosoikeusteoreettisten ja voimassa olevan rikosoikeuden osalta nimenomaan kansallistalvioiden yleisiä oppeja koskevien kysymysten saralla. EU-rikosoikeuden ja kansainvälisen rikosoikeuden opiskelu ei näillä alueilla yksinkertaisesti johda oikein mihinkään, koska kyseiset oikeudenalat eivät yksinkertaisesti ole kiinnostuneita

⁷⁸⁶ Vrt. esim. Melander 2008a s. 5–6 ja Palo 2010 s. 16–17, jotka kertovat tutkimustensa edustavan ”EU-oikeusmyönteistä oikeustutkimusta”, jossa lähtökohtana on, ettei kansallisen oikeuden tarkastelua voi enää toteuttaa irrallisena EU-oikeudesta (– ja minkä johdosta EU-oikeusmyönteisyydestä on tavallaan turha edes puhua!). Samaan sävyyn myös esim. Helenius 2014 s. 12, joka tosin ehkä enemmän painottaa ”inspiraation etsimistä ulkomailta”. Ks. myös Melander 2015 s. 2, joka toteaa eurooppalaistumista voitavan liioittelematta sanoa tärkeimmäksi asiaksi, mitä rikosoikeudessa on 15–20 vuoteen tapahtunut. Erilaisten rikosentekotilanteiden valtorajat ylittävistä piirteistä globalisoituneessa Suomessa ks. esim. Helenius 2014 s. 1–4 ja 9. Aineellisen (ja prosessuaalisen) rikosoikeuden kansainvälisyydestä ks. s. 21–75. ”Kansainvälisyys” on tietysti tältä osin hyvin vaikeasti hallittava käsite, joka voi merkitä lukuisia eri asioita. Esim. Helenius jakaa sen pragmaattisiin perusteisiin neljään osa-alueeseen, joiden rajapinnat eivät tietysti nekään ole kovin tarkkoja. Kyse on a) rikosoikeudellista toimivaltaa koskevista (sinällään pitkälti yksipuolisen kansallista) normeista, b) kansainvälisestä oikeusavusta, c) ylikansallisesta (eurooppalaisesta) rikosoikeudesta sekä d) kansainvälisestä rikosoikeudesta (ks. erit. s. 31). ”EU-rikosoikeuden” ja ”eurooppalaisen rikosoikeuden” erilaisista merkityksistä ks. s. 57–58.

⁷⁸⁷ Esim. EU-rikosoikeuden syyksiluettavuutta koskevien ratkaisujen ylimalkaisuudesta – ja suoranaisesta haluttomuudesta kovinkaan täsmällisten linjanvetojen tekoon, ainakaan siis kansallisten rikosoikeusjärjestelmien (ja näin siis viimekädessä myös rikosvastuun) edellyttämällä tarkkuudella tai rikosoikeusteoreettisella tasolla ks. Rankinen 2016a.

⁷⁸⁸ Valtiosääntöoikeuden monitahoisesta roolista kotimaisen oikeuden kansainvälistymis- ja eurooppalaistumismiskehityksessä ks. esim. Ojanen 2014, joka korostaa juuri valtiosääntöistymisen, eurooppalaistumisen ja kansainvälistymisen keskinäisiä välitysyhteyksiä ja vuorovaikutusta todeten, ettei näiden tarkka erottelu ainakaan kotimaisen oikeuden osalta ole edes mahdollista (s. 937, 939–941 ja 947).

tämänkaltaisista kysymyksistä. Yritän siis sanoa, että uskon jo omalla kysymyksenasettelullani (*RL 3:7:n tarkoittaman tuottamuksen ymmärtäminen*) rajanneeni EU-rikosoikeuden ja kansainvälisen rikosoikeuden pitkälti oman tutkimukseni ulkopuolelle. Lopulta kyse on tietysti siitä, etten usko näiltä alueilta löytyvän tutkimukselleni *riittävän* merkittävää aineistoa, jotta niiden tutkimiseen olisi syytä enemmälti, kuin mitä olen tehnyt.

Toiseksi on selvää, etteivät edellä mainitut trendit vaikuta toisistaan irrallisina polkuina, vaan ovat monilta osin lomittaisia ja päällekkäisiä muodostaen monimutkaisen kokonaisuuden, jossa eri tendenssit ovat myös vuorovaikutussuhteessa toisiinsa⁷⁸⁹. Olennaista on se, etteivät jaottelemani ajattelusuuntaukset ole selvästi rinnastettavissa, vaan liikkuvat osittain rikosoikeuden eri tasoilla ja myös askartelevat erilaisten kysymysten parissa. Esimerkiksi oikeusperiaatteilla ajattelevien muodostaa rikosoikeutta joustavoittavan ajattelutavan, joka tarjoaa teoreettisen perustan niin kriminaalipoliittisten kuin perus- ja ihmisoikeudellistenkin näkökohtien sisällyttämiseen osaksi rikosoikeutta. Samalla se antaa välineitä painopisteen siirtämiseen käsitteistä kohti periaatteita yleisten oppien tasolla. Moni edellä mainituista yksittäisistä tutkimuksista olisikin sijoitettavissa useamman suuntauksen piiriin.

Jo edellä käsiteltyjen oikeustieteellisten tutkimusten ohella voidaan erilaisia trendejä yhdistelevänä esimerkkinä nostaa esille rikoslain yleisten vastuupöpien uudistukseen liittynyt HE 44/2002, jossa otetaan varsin perusteellisesti kantaa rikoslain niin sanotun yleisen osan säännöksiin. Kyseisten vastuupöpillisten normien aiempaa olennaisesti laajempaa kodifointia perustellaan nimenomaan kriminaalipoliittisilla syillä, jotka puolestaan sidotaan laillisuusperiaatteeen ja oikeusturvan vaatimuksiin. Kyse on siitä, että rangaistavan ja rankaisemattoman käyttäytymisen väliseen rajankäyntiin joka tapauksessa olennaisesti vaikuttavat normit halutaan saattaa nimenomaisten lainsäännösten piiriin. Samalla esityksessä korostetaan johdonmukaisesti toimivan ja oikeusturvan vaatimukset tyydyttävän oikeudellisen sääntelyn olevan mahdollista vain sisäisesti ristiriidattoman käsitejärjestelmän varassa – ilman, että kuitenkaan sitouduttaisiin liiaksi alati muuttuviin rikosoikeusteoreettisiin konstruktioihin.⁷⁹⁰ Vaikka perus- ja ihmisoikeudet eivät nouse hallituksen esityksessä nimenomaisesti kovinkaan suureen rooliin, on syytä huomata, että ne vaikuttavat olennaisena tekijänä juuri laillisuusperiaatetta koskevien tulkintojen taustalla; keskeisiin kansalaisten perusoikeuksiin puuttuminen edellyttää rankaisemisen perustamista lakiin⁷⁹¹.

Kolmenneksi koko rikoslainopillisen tutkimuksen suuntausten kentän olisi voinut jäsentää aivan toisinkin. Esimerkiksi Eero Backman erottelee Matikkalan väitöskirjaa vastaväittäjän ominaisuudessa tarkastellessaan erilaisina lainopillisia tutkimusotteina: *käsitelainopin*, sitä kritisoivan *analyttisen oikeustieteen*, *oikeusrealismin* (skandinaavisessa tai amerikkalaisessa muodossaan), *vaihtoehtoisen*

⁷⁸⁹ Vrt. Utraien 2017 s. 552, joka toteaa rikosoikeudelle tyypilliseksi, että yksi ”suuri idea” kerrallaan nousee muiden yli dominoivaan asemaan, mikä tekee kokonaisuuden hahmottamisen helpommaksi. Utraisen mukaan tällä hetkellä tällainen asema on perus- ja ihmisoikeuksilla. Korostaisin itse mieluummin useampien ”suurten ideoiden” yhteenkietoutumista ja vuorovaikutusta, mikä ei missään tapauksessa useinkaan ole järkeä helposti hahmotettavissa. Yhden suuren idean etsimisessä piileekin nähdäkseni turhan yksinkertaisuuden vaara. Lisäksi on syytä huomauttaa, että pidän myös tilannetta yhden näkökannan dominanssista oikeuden kannalta hyvin epätoivottavana. Ks. myös Melander 2016 s. 6, jonka mukaan suomalaisessa rikosoikeudessa ei sanottavasti voida erotella selviä ”koulukuntia”, vaan pikemmin eri tutkijoiden eri puolilta saamia vaikutteita.

⁷⁹⁰ HE 44/2002 s. 8–9.

⁷⁹¹ HE 44/2002 erit. s. 28–29.

lainopin, ideologiakriittisen lainopin (saksalaisperäisenä tai amerikkalaisena Critical Legal Studies -ajatteluna) sekä *lainopin diskursiivisena prosessina* (pienten ja ehkä suurtenkin kertomusten kertojana)⁷⁹². Esimerkiksi Juha Tolosen (ja siis siviilioikeuden puolelta ponnistavan) esityksen perusteella lainopillisten ajattelutapojen kirjoa voi täydentää vielä oikeuden hahmottamisella *järjestäytyneen vallankäytön ulkoiseksi muodoksi, oikeudellisen ratkaisun teorialla, rules & principles -ajattelulla* sekä *oikeustaloustieteellisellä näkökulmalla*⁷⁹³. Aulis Aarnion ja Hannu Tolosen (oikeusteoreettista) esitystä seuraten suuntauksia voisi tyypitellä myös laueammin vaikkapa *konstruktivismiin, analyttiseen oikeustieteeseen* sekä *oikeudelliseen radikalismiin*⁷⁹⁴. Ja niin edelleen ja niin edelleen.

Olen itse noudattanut Raimo Lahden, Pekka Koskisen ja Elina Pirjatanniemen näkemyksiin väljästi perustuvaa jäsennysmallia, jonka katson parhaiten soveltuvan tarkoitukseensa, eli kotimaisen rikoslainopin ymmärtämiseen edelleen tuottamuksen ymmärtämistä palvelevalla tavalla.

Mikäli hahmottelemilleni trendeille haluaa etsiä yhteistä nimittäjää, voisi sellaisen löytää oikeusajattelua piinaavasta ongelmasta, joka seuraa luovuttaessa uskomasta yhteen oikeaan ja lainsäädännönsistä löydettävissä olevaan ratkaisuun. Tilanteessa, jossa yhtäältä ei ajatella olevan löydettävissä yhtä ja selvästi oikeaa lopputulosta, mutta toisaalta halutaan pysyä erossa satunnaisuudesta ja mielivaltaisuudesta, joudutaan oikeudellista ratkaisuaaineistoa rikastamaan materiaalilla, jonka pohjalta valintoja voidaan tehdä niiden pysyessä kuitenkin vielä *oikeudellisina*.⁷⁹⁵ Niin kriminaalipoliittiset näkökohdat sekä perus- ja ihmisoikeudet ynnä muut joustavat ja periaatetyypiset normit kuin erilaiset systeemin sisäiset johdonmukaisuusnäkökohdatkin tarjoavat pelkkien säännösten ohella lukuisia mahdollisuuksia oikeudellisen argumentaation harjoittamiseen. Olennaista on se, että jokainen laittaa lopulta toivonsa johonkin: poliittiseen päätöksentekijään, demokratiaan, dogmaattiseen pohdiskeluun, ihmisoikeustuomioistuimeen, etiikkaan, henkilökohtaiseen moraaliin ja niin edelleen, ja niin edelleen.

Tilannetta voi luonnehtia modernin ”todellisuuden periaatteen eroosiona” eli siirtymisenä modernista kohti *post-, jälki-, anti-, sur-* tai *jotain muuta* modernia⁷⁹⁶. Tai ehkä olisi syytä ulottaa näkökulma pikemminkin keskiaikaisen yhtenäisen ja hierarkkisen maailmankuvan murentumiseen⁷⁹⁷. Tai ehkä jälleen kerran länsimaista oikeusajattelua kerta toisensa jälkeen piinanneen muodon ja sisällön yhteensovittamisen ongelmaan.

⁷⁹² Backman 2006 s. 112. Backman joutuu turvautumaan tällaiseen yleisen tason erittelyyn, koska Matikkala ei väitöskirjassaan nimenomaisesti sitoudu yhteenkään erityiseen lainopilliseen suuntaukseen. Backmanin arvio on, että Matikkalan teos liikkuu implisiittisesti edestakaisin saksalaisen ”käsitetäiväslainopin” ja skandinaavisen oikeusrealismin välillä. Tämän Backman päättelöä siitä, kuinka Matikkala turvautuu tutkimuksessaan saksalaisten tutkijoiden töiden laajoihin erittelyihin sekä eri maiden runsaaseen oikeustapausmateriaaliin.

⁷⁹³ Tolonen 2011 s. 560–567, jossa Tolonen siis erittelee kaiken kaikkiaan oikeustieteelliseksi ajattelutavoiksi: perinteisen Begriffsjurisprudenzin, oikeuden järjestyneen vallankäytön ulkoisena muotona, loogis-analyttisen tutkimusotteen, oikeudellisen ratkaisun teorian, vaihtoehtoisen lainopin, rules & principles -ajattelu, oikeustaloustieteen sekä perus- ja ihmisoikeusajattelu.

⁷⁹⁴ Aarnio–Tolonen 1998.

⁷⁹⁵ Lainkäyttäjän näkökulmasta ks. esim. silloinen KKO:n presidentti Olavi Heinonen 1990 s. 503, joka ennakoii ihmisoikeus- ja perusoikeusperiaatteiden saavan niin oikeuden yleisten oppien kuin ylipäänsä oikeudellisten periaatteidenkin tapaan uutta arvoa lainkäytössä, jossa joudutaan yhä useammin tilanteisiin, joissa selkeää ”oikeaa ratkaisua” ei ole löydettävissä – ei ainakaan pelkästä lainsäädännöstä. Tähän Heinonen liittyy myös viime aikoina ennen keskustelun lainkäytön eettisistä kysymyksistä.

⁷⁹⁶ Ks. esim. Syrjänen 2008 s. 22–45, erit. s. 26–27.

⁷⁹⁷ Esim. Tuori 2004 s. 1222 huomauttaa, ettei esim. nykykeskustelussa usein esille nousevassa ”eettisestä fragmentaatiossa” ja ”arvoppluralismissa” ole kyse yksinomaan myöhäismodernista ilmiöstä, vaan modernin kulttuurin ominaispiirteistä, jonka taustalla on yhtenäisen keskiaikaisen maailmankuvan hajoaminen uuden ajan alun Euroopassa löytöretkien ja uskonotien paineissa. Ajatus edelleen siitä, että tämänkaltaisen ”maailman laajeneminen” olisi *yksinomaan* uuden ajan Eurooppaan liittyvä ilmiö merkitsee edelleen melkoista historiallis-alueellista näköalattomuutta – enkä esim. Tuorin usko tällaista tarkoittavan.

Lopulta kaikkien on mahdollista nähdä kamppailevan hyvin samankaltaisten kysymysten parissa. Kyse on siitä, miten tehdä oikeutta koskevia väitteitä tavalla, jossa niin sisällöllinen kuin muodollinenkin puoli olisi harmonisessa suhteessa ja siis ilman, että väitteet merkitsisivät sattumanvaraisuutta tai yksityisajattelua, joista molemmat jäävät välttämättä yhteiskunnallisen ja yhteisöllisen oikeuden silmissä mielenkiinnottomiksi.

Tätä kamppailua voi käydä hyvin erilaisin keinoin. Sattumanvaraisuuden ja yksityisajattelun aiheuttamaa mielenkiinnottomuutta on tapana sanoa vältettävän sitomalla argumentaationsa erilaisiin *oikeuslähteisiin*, joista oikeus parhaassa tapauksessa siis kumpuaa. Vähintäänkin argumentaatiosta tulee tätä kautta *oikeudellista*. Se, että argumentaatiossaan sitoutuu oikeuslähteisiin ei kuitenkaan vielä tarkoita, että keskustelu – tai kamppailu – toisen niin ikään oikeuslähteisiin sitoutuvan henkilön kanssa onnistuisi vaivatta. Oikeuslähteitä ja niiden käyttösääntöjä koskevia käsityksiä on nimittäin lukuisia. Pikkutarkalle nyanssitasolle mentäessä uskaltaisin väittää niitä olevan tarkalleen yhtä monta kuin on niistä kirjoittajiakin.

Ja pikkutarkalle nyanssitasolle on tietysti myös mentävä, kun haluan ymmärtää, miten muut jo ennen minua ovat rikosoikeudellista huolimattomuutta tutkineet. Enhän haluaisi löytää itseäni keksimästä pyörää uudestaan – saatikka taaskaan mitään mistään aiemmasta oppimatta asentamasta jälleen yhtä neliskanttista pyörää rikosoikeutemme ratastoon.

Lähdenkin seuraavaksi erittelemään erilaisia rikosoikeudellisen huolimattomuuden tutkimisen tapoja, jotka luonnollisesti heijastelevat niitä yleisemmän tason rikoslainopin trendejä, joita edellä erittelin.

3. TUOTTAMUSOPILLISISTA RATIONAALISUUKSISTA

3.1 Johdanto

RL 3:7 on tyypillinen mitä joustavin rikoslain yleisen osan säännös, jonka ymmärtäminen ja soveltaminen edellyttää sen jonkinlaista täsmennystä. Säännös pyrkii tavoittamaan rikosoikeudellisen *huolimattomuuden* tai *tuottamuksen*, jossa ainakin kyseisen pykälän perusteella on kyse toisesta rikosoikeudellisen syyksiluettavuuden perusmuodosta *tahallisuuden* ohella. Kyse on siis siitä, milloin erityisen osan rikostunnusmerkistöissä kuvattu käytös voidaan lukea syyksi tilanteessa, jossa tahallisuus ei täyty. Kyse on toiminnasta, joka ei ole tahallista muttei myöskään tapaturmaista.

Juuri tuottamus on ollut paljon esillä puhuttaessa ”modernista rikosoikeudesta”, jossa rikosvastuu ulotetaan ”perinteisten” ja moraalisesti latautuneiden, pistemäisten, yhden tekijän aktiivisin toimin toteutettamien ja konkreettisia vahinkoja aiheuttavien rikosten ulkopuolelle⁷⁹⁸. Tuottamus ja huolimattomuus ovat muodostuneet rikosoikeudellisessa keskustelussa käsitteiksi, joiden alaisuuteen kuuluvat käytännössä kaikki keskeiset rikosvastuun ”periferioiden” teemat⁷⁹⁹. *Huolimattomuus* merkitsee jo negatiivisen kieliasunsa puolesta eräänlaista laiminlyöntiä – *ei-huolellisuutta*. Huolimattomasti toimiminen edellyttää välttämättä laiminlyöntiä; sitä, että huolellisesti toimiminen sivuutetaan – jätetään olematta huolellisia. Kyse on riskialttiista toiminnasta, jossa oikeudellisesti merkittävät edut joutuvat enemmän tai vähemmän välillisesti vaarannetuiksi. Vaaroja ja vahinkojakin *tuotetaan* eli aikaansaadaan – joskaan ei tarkoituksella tai muuten tahallaan. Erilaisten rikokseen myötävaikuttaneiden henkilöroolien ja toiminnan vaiheiden sijaan tarjolla on vain *huolimattoman tekijän* rooli. Niin rikoslain tuntemat osallisuusmuodot kuin täytettyä rikosta edeltävät tekumuodotkin on rakennettu tahallisen toiminnan varaan. Rikoslakimme ei tunne ”huolimattonta avunantoa” tai ”tuottamuksellista valmistelua”. On vain huolimattomuutta ja tuottamusta, jotka voivat erilaisten myötävaikuttavien kausaali- ja vaikutusketjujen tai vaikkapa niin sanotun ”*ryhtymistuottamuksen*” muodossa ulottua niin henkilö- kuin aika-akselillakin varsin laajalle ilman, että asiasta olisi olemassa vaikkapa osallisuusoppien kaltaisia opillisesti vakiintuneita saati säännöstenasolla kodifioituja malleja⁸⁰⁰.

Tuottamus on korostuneen normatiivinen rikosoikeudellinen käsite, jonka kannettavaksi on säilytetty valtava määrä rikosvastuun rajoja koskevia ongelmakohtia,

⁷⁹⁸ Osuvana kuvauksena ”modernin” ja ”perinteisen” rikosoikeuden eroista ks. esim. Pirjatanne 2005 s. 17–22. Ks. myös Tapani 2004 s. 92–93, joka toteaa rikosoikeuden yleisissä opeissa tarkastellun tavanomaisesti tilannetta, jossa yksittäinen rikoksentehtävä on tahallaan aiheuttanut konkreettisen vahinkoseurauksen, jossa teon ja seurauksen välinen syy-yhteys on ollut ilmeinen ja teko on sinällään ollut kielletty. Tästä poikkeavina rikosvastuun ”reuna-alueina” Tapani mainitsee mm. huolimattomuuden, laiminlyöntivastuun, vaarantamisen, vastuun yhteisestä toiminnasta sekä vastuunjaon hierarkkisesti järjestäytyneen organisaation sisällä. Ks. edelleen Nuutila 1996 s. 4 ja 111, joka toteaa perinteisen rikoksen rakenteen ja käsitteistön laadituksi juuri edellä kuvatun ”perinteisen” rikoksen mallin perusteella.

⁷⁹⁹ Rikosvastuun ”periferioista” ks. Husabø 1999, joka käsittelee periferiöinä siis osallisuus-, yritys- ja valmisteluoppien muodostamaa ”trilogiaa” (s. 1).

⁸⁰⁰ Henkilöulottuvuuden osalta rikoslakimme noudattaa tuottamuksen kohdalla osallisten ns. yhtenäisvastuuta. Jo termi ”osallisuus” viittaa kotimaissessa doktriinissa yleensä nimenomaan tahallisiin rikoksiin. Ks. esim. Luoto 2018 s. 7 ja myös Nuotio 2006 s. 331, joka toteaa juuri tahalliset rikokset osallisuusopin pääasialliseksi sovellusalueeksi, kun taas tuottamuksellisten rikosten yhteydessä puhutaan yleensä ”vastuun kohdentamisesta”. Kyse on kahdesta erityyppisestä ajatusmallista rikosoikeudellisille vastuukysymyksille, eikä niiden välinen suhde ole kaikilta osin lainkaan selvä. Esim. Nuutila 1996 s. 9 ja 347 puhuu tuottamuksen henkilölliseen ulottuvuuteen liittyen ”simuloidusta osallisuusopista”, jota siis teoksessaan kehittää. Aikaulottuvuuden osalta kyse on varsinaista täytettyä rikosta edeltäneestä tuottamuksesta – *culpa praecedens*. Ks. esim. Tolvanen 1999 s. 413 ja Nuutila 1996 s. 565–566. Ks. myös tuottamuksen ja rikosoikeudellisesti relevantin yrityksen välisen eron häilyvyydestä Anderberg 2015 s. 102–103.

joita sen sijaan tahallisten rikosten osalta on totuttu lähestymään omien ja nimenomaan kyseisiä ongelmia varten räätälöityjen oppien kautta. Tuottamusta on viimeistään 1900-luvun loppupuolelta lähtien tutkittu hyvin paljon ilman, että sen suhteen olisi saavutettu kovinkaan suurta selkeyttä. Suomessa merkittävänä aihetta koskevana avauksena toimi Tvärminnen tutkimusasemalla 18.–20.2.1976 otsikolla *Tuottamukselliset rikokset* järjestetty rikosoikeuden jatkokoulutusseminaari, jossa otsikon mukaisesta teoreettisesti vaikeasta ja tutkimuksellisesti Suomessa koko lailla laiminlyödyistä, mutta käytännöllisesti tärkeäksi koetusta aiheesta esitettiin tuolloin vielä vajavaisia, viitteellisiä ja epätasaisia alustuksia⁸⁰¹. Eero Backman on jälkikäteen luonnehtinut kyseistä seminaaria merkittäväksi koko Helsingin yliopistossa harjoitetun rikoslainopillisen tutkimuksen kannalta ja todennut seminaarissa ”käydyn läpi” koko rikosoikeuden yleisten oppien dogmaattinen rakennelma nimenomaan tuottamuksellisten rikosten kautta⁸⁰². 1900-luvun lopulle tultaessa tilanne näyttäisiinkin kääntyneen jossain määrin Tvärminnen seminaariin verraten pääläelleen. Nimenomaan tuottamukselliset rikokset tarjosivat vuosituhannen vaihteessa useammalle kirjoittajalle tavan lähestyä rikosoikeusdogmatiikan ongelmakohtia *ylipäänsä*. Esimerkiksi Kimmo Nuotio toteaa väitöskirjansa aiheenvalintaa jälkeen päin arvioidessaan kaikkien mielenkiintoisten ja normatiivisen latauksen omaavien oikeusdogmaattisten kysymysten (prosesuaaliset todistelukysymykset lukuun ottamatta) näyttäneen 1990-luvulla liittyvän huolimattomuustematiikkaan⁸⁰³. Kyse ei ole missään tapauksessa yksinomaan suomalaisesta ilmiöstä. Esimerkiksi Saksassa on puhuttu tuottamustematiikan nousemisesta lapsipuolen asemasta rikosoikeusdogmatiikan lempilapseksi 1900-luvun loppupuolelle tultaessa⁸⁰⁴. Ruotsalaiseen 1900-loppupuolen ja 2000-luvun alun rikosoikeuteen paljon vaikuttanut Nils Jareborg totesi vuoden 2001 yleisten oppien esityksessään tuottamuskäsitteen rikosoikeusdogmatiikan keskeisimmäksi käsitteeksi⁸⁰⁵. Tilannetta kuvaa erinomaisesti se, ettei esimerkiksi kyseinen Jareborg ole julkaissut yksinomaan juuri tuottamuksesta yhtäkään nimenomaista tutkimusta sitten vuoden 1977 lyhyen ja luonnosteluasteisen artikkelin⁸⁰⁶. Sen sijaan hän on kyllä kirjoittanut vuosien varrella valtavasti tuottamuksesta, mutta tämä on tapahtunut laajempien aiheiden yhteydessä.

Suomessa tuottamuksen ja tuottamuksellisten rikosten roolin nousu tiivistyy Ari-Matti Nuutilan vuoden 1996 väitöskirjaan, joka edelleen on ylivoimaisesti perusteellisin aihetta koskeva kotimainen tutkimus. Kyseinen monografia on lisäksi havainnollinen esimerkki siitä, miten edellä mainitut rikosoikeudellisen tutkimuksen trendit tapaavat yhdistyä monimutkaiseksi kokonaisuudeksi. Erilaisten rikosoikeudellista tuottamusta koskevien näkökulmien käsittely onkin luontevaa aloittaa Nuutilan perusteoksesta, jota on nähdäkseni hedelmällistä tarkastella yhdessä Kimmo Nuotion monelta osin samanlaisia teemoja käsittelevän, mutta perusluonteeltaan hyvin erilaisen vuoden 1998 väitöskirjan kanssa. Tämän jälkeen vastaavia perustavanlaatuisia näkökulmia onkin etsittävä sitten pitkälti ulkomailta.

⁸⁰¹ Näin seminaarin aihetta ja alustuksia luonnehtii Pekka Koskinen 1976 s. 3–4. Jatkoa seurasi tavallaan jo 29.–30.8.1977 Turussa järjestyn suomalais-ruotsalaisessa symposiumin muodossa, jossa tuottamukselliset rikokset muodostivat yhden symposiumin kolmesta aihepiiristä. (Symposiumin pohjalta julkaistiin Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab -lehden erikoisnumero vuonna 1977.)

⁸⁰² Backman 1992 s. 398.

⁸⁰³ Nuotio 2004b s. 190. Tuottamustematiikan noususta 1960- ja 1970-luvuilla niin saksan- ja englanninkielisellä kielialueella kuin Ruotsissakin ks. esim. Nuutila 1996 s. 3–6, 173–175 ja 525, joka luettelee useita aihetta koskevia ”monografiatasoisia” tutkimuksia.

⁸⁰⁴ Näin esim. Schünemann 1975 s. 435 ja Rudolphi 1969 s. 549. Kuten Kröger 2016 s. 17 toteaa, ei tilanne näyttäisi juuri muuttuneen, vaan tuottamukseen liittyen on julkaistu edelleenkin varsin paljon tutkimusta myös 2000-luvun puolella.

⁸⁰⁵ Jareborg 2001 s. 204. Kanta toistuu Petter Aspin ja Magnus Ulvängin vastuulle ottamassa teoksessa Asp–Ulväng–Jareborg 2013 s. 138.

⁸⁰⁶ Jareborg 1977.

3.2 Nuutilan funktionalistinen rakennelma ja Nuotion diskursiivinen sekamelska

3.2.1 Ari-Matti Nuutila ja Rikosoikeudellinen huolimattomuus (1996)

Nuutila ilmoittaa väitöskirjansa keskeisimmäksi tavoitteeksi tuottamuksen objektiivisen puolen ”tyhjyyden täyttämisen” sekä systemaattisen jäsentämisen. Taustalla on yleensä Karl Engischin vuoden 1930 monografiaan *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* yhdistettävä⁸⁰⁷ tuottamuksen kahtiajako objektiiviseen ja subjektiiviseen puoleen – ”yleiseen vertailuoperaatioon” ja ”yksilöivään tuottamusmoitteeseen”, pitämiseen ja kykenemiseen. Nuutila puhuu tältä osin ”kaksivaiheisesta vertailuoperaatiosta”, joka koostuu yhtäältä *teon* ja toisaalta *tekijän* huolimattomuudesta. Nuutilan ensisijaisena tavoitteena on toisin sanoen muotoilla tuottamuksen objektiivisen puolen (ja siis tunnusmerkistön mukaisuuden) täyttävä *oppi teon huolimattomuudesta*. Muiksi tutkimuksen teemoiksi Nuutila luettelee subjektiivisen *tekijän huolimattomuuden* sekä yhä useammissa rikostunnusmerkistöissä edellytettävän *törkeän huolimattomuuden*. Lisäksi Nuutila toteaa, ettei tuottamusta voi käsitellä eristyksissä rikosoikeudellisista lähi-instituutioistaan kuten *syy-yhteydestä*, *seurauksen ennakoitavuudesta* sekä *laiminlyönnin rangaistavuudesta*.⁸⁰⁸ Jo sisällysluetteloa selaamalla voi todeta Nuutilan todellakin painottavan nimenomaan teon huolimattomuutta koskevan oppinsa muotoilua. Modernia rikoslainopin harjoittamisen tapaa koskevan ohjelmanjulistuksen (s. 40–172) ja tuottamuksen lähi-instituutioiden käsittelyn (s. 173–271) jälkeen teon huolimattomuus -opin muotoiluun käytetään noin 3/4 varsinaiselle väitöskirjan aiheelle, eli rikosoikeudelliselle huolimattomuudelle, varatusta tilasta (s. 272–524). Tekijän huolimattomuus (s. 525–580) ja törkeä (sekä lievä) tuottamus (s. 581–612) jäävät olennaisesti vähemmälle huomiolle. Teoksen otsikon valossa ehkä hieman erikoinen painopistevalinta mutkistuu entisestään huomattaessa, ettei Nuutila rajoita teon huolimattomuus -oppinsa soveltamisalaa tuottamuskäsitteisiin rikoksiin, vaan katsoo kyseessä olevan yhtä lailla myös tahallisia tekemuotoja koskeva rikosvastuun edellytys. Käytännössä kyse on siitä, miten erinäisiin rikosoikeudellisesti relevantteihin seurauksiin tavalla tai toisella syy-yhteydessä olevat mitä moninaisimmat seikat voidaan normatiivisesti rajata ainoastaan rikosvastuun kannalta relevantteihin.⁸⁰⁹ Sivumäärällisesti 3/4 Nuutilan

⁸⁰⁷ Etenkin saksankielisessä keskustelussa juuri kyseinen Engischin teos tapaa nousta esille aikanaan uutena ja painavana näkökulmana, jossa tuottamus erotettiin perinteiseltä paikaltaan osana syyllisyyttä (Schuld) ja yhdistettiin tunnusmerkistön mukaiseen vääryyteen (tatbestandsmäßigen Unrecht). Tältä pohjalta tuottamus nähdään yhä nykykeskustelussakin kompleksisena käsitteenä, jossa saksalaiselle systematiikalle ominainen Unrecht/Schuld -erottelu siis tavallaan yhdistyy. ”Die Fahrlässigkeit ist (...) ein besonderer Typus des strafbaren Verhaltens, der Unrechts- und Schuldmomente in sich vereinigt.” (Wessels-Beulke-Satzger 2013 s. 270 (viitataan muun ohella tapaukseen BGHSt 4, 340, 341). Myös esim. Hans Welzelin myöhempi teoria kaksitahoisesta tuottamuskäsitteestä (”zweigeteilten Fahrlässigkeitsbegriff”) on ollut tältä osin merkittävä. Ks. Kröger 2016 s. 101–102 ja 140–143, Sauer 2003 s. 1–3, Bohnert 1982 s. 68–70 sekä Burgstaller 1974 s 18–19.

⁸⁰⁸ Nuutila 1996 s. 5–8, 15 ja 525. Tuottamuksen objektiivisen puolen kummallista *tyhjyyttä* tai *keveyttä* oli valitellut jo Pekka Koskinen 1976 s. 26 ja 1977 s. 250. Ajatus tuottamuksen kahtiajaosta on perustavanlaatuisessa roolissa myös Nils Jareborgin tuottamusteoriassa, jonka alkupisteenä voidaan pitää Jareborgin edellä mainitussa Turun suomalais-ruotsalaisessa symposiumissa vuonna 1977 pitämää esitelmaa *Två sorters culpa* (Jareborg 1977). Jareborgin teoriassa erottelu rakentuu yhtäältä *gärningsculpa*- ja toisaalta *personlig culpa* -käsitteiden varaan. Koskinen oli ainakin omien sanojensa mukaan samoilla linjoilla Jareborgin kanssa jo edellä mainitussa Tvärminnen seminaarissa (Koskinen 1977 s. 250 ja Koskinen 1976 s. 30–31). Ks. myös Jukka Kekkonen 1976 s. 60–61 sekä P. O. Träskman 1976 s. 64–68, joille ajatus tuottamuksen kahdesta puolesta on niin ikään tuttu. Huomattakoon, että toisinaan omiinkin korviini kantaunut ajatus siitä, että vaikkapa Jareborg tai Koskinen olisi 1970-luvulla ”keksinyt” tuottamuksen jakautuvan kahteen osaan on yksinkertaisesti älytön. Tuottamuksen kahdenlaisesta puolesta oli jo edellä mainitun tavoin esim. Saksassa keskusteltu kiivaasti sitten Engischin vuoden 1930 tutkimuksen (joka ei liene sekään aivan tyhjistä ”keksitty”). Perspektiiviä asiaan osoittaa esim. Koskinen 1997 s. 948–949, joka Nuutilan vastaväittäjänä yhdistää samat tuottamuksen ”subjektiiviseen” ja ”objektiiviseen” puoleen liittyvät *peruskäsitteet* Honkasalon ja Serlachuksen kautta raamatullisiin leivisköihin. Myös Jareborg on vallan tietoinen siitä, että vähintäänkin riittävän *perustavanlaatuiselta* tasolta tarkasteltuna ajatus (rikos)vastuupölpöistä ”uutuuksista” on jo itsessään typeryyttä. ”Att leta efter nyheter i rättsdogmatiska berättelser är dumt.” (Jareborg 2008 s. 511–512)

⁸⁰⁹ Nuutila 1996 s. 7. Ajatuksena on se, että sallitun riskin puitteissa saa toimia niin tahallaan kuin huolimattomastikin. Nuutila ymmärtää syy-yhteyden hyvin laajasti ”naturalistisena” ja ”reaalisena” yhteytenä teon ja seurauksen välillä (s. 196, 223 ja 419).

rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta liittyy toisin sanoen yleisen ja normatiivisen rikosoikeudellisen vastuunrajoituskriteerin määrittelyyn – ei pelkästään huolimattomuutta syyksiluettavuuden muotona edellyttäviin rikostunnusmerkistöihin.

Nuutila käy tutkimuksessaan käsiksi mitä moninaisimpaan ongelmavyyhtiin, jota suomalaisessa rikosoikeudessa oli tätä ennen tapana hallita ennen kaikkea niin sanotulla *adekvanssiteorialla*, jonka mukaisesti vastuuta erilaisista rikosoikeuden kannalta kyseenalaisista syy-yhteystilanteista jaettiin sen mukaan, kuinka ennakoitavalta rikokseen johtanut tapahtumainkulku tekijän näkökulmasta näytti arki ajattelun valossa⁸¹⁰. Kyse on monilta osin ”tavanomaisen” rikosvastuun kannalta hyvin perifeerisistä tilanteista, joita Nuutila purkaa ”arkiajattelua” selvästi analyttisemmiksi osakysymyksiksi. Nuutila käsittelee muun muassa opettajan vastuuta tämän valvomatta jättämän koululaisen pelastamisyrityksessä hukkuneesta uimavalvojasta sekä liikenneonnettomuuden aiheuttajan vastuuta onnettomuuden johdosta lääkäriin joutuneesta ja siellä edelleen hoitovirheille altistuneesta henkilöstä. Nouseepa esille myös vastuu puhelinterrorilla kidutetun henkilön puolison saamista psykoosista.⁸¹¹

Olenainen kysymys Nuutilan tutkimuksen kohdalla on tietysti se, *millä ja miten* edellä mainittua tuottamuksen objektiivisen puolen tyhjyyttä lähdetään täyttämään. Edellä todettiin keinoksi teon huolimattomuutta koskevan opin muotoileminen ja sen jäsentäminen osaksi tunnusmerkistön mukaisuutta. Tältä osin on hyvin olennaista pitää mielessä, ettei kyse ole mitenkään kovin itsenäisen tai edes persoonallisen oppirakennelman luomisesta. Nuutila korostaa itse, ettei tutkimuksen ensisijaisena tarkoituksena ole kehittää teon huolimattomuuden yleisiä perusteita, vaan tärkeimmät tavoitteet ovat ”tulkintajuridisia”. Pyrkimyksekseen Nuutila esittää tältä osin ”jäsentää käytyä keskustelua, erottaa ongelmakohtia omiksi ryhmikseen ja täsmentää sitä, mistä kiistakysymyksissä on konkreettisesti ollut kysymys”.⁸¹² Apuna Nuutila kertoo käyttävänsä ensi sijassa saksalaista keskustelua seurauksen objektiivisesta syyksilukemisesta sekä Nils Jareborgin asiaa koskevaa teoriaa. Lopputulokseksi Nuutila katsoo ”teon tunnusmerkistön mukaisuuden kehittämisen” sekä myös sen ”osittaisen uudelleen jäsentämisen teon huolimattomuuden käsitteen alaisuudessa”.⁸¹³

Nuutilan teos ei merkitse (eikä merkinnyt) nähdäkseni minkäänlaista mullistavaa avausta rikosoikeudellista tuottamusdogmatiikkaa koskeviin kysymyksenasetteluihin – ainakin mikäli tarkastelun perspektiivi ulotetaan kotimaisen keskustelun ulkopuolelle. Nuutilan teos ei sisällä mitään perustavanlaatuisen tärkeää tuottamusopillista linjausta, mitä saksalaisperäisestä *objektive Zurechnung* -oppia koskevasta keskustelusta tai Nils Jareborgin kehittelemästä *gärningsculpa / personlig*

Jotta inhimillisestä näkökulmasta sattumanvaraiset ja merkityksettömät syyt voidaan rajata rikosvastuun ulkopuolelle tarvitaan tähän erottelukykyinen normatiivinen työkalu, joka Nuutilalle merkitsee siis teon huolimattomuus -oppia. Nuutila korostaakin erottavansa tutkimuksessaan syy-yhteyden ja normatiiviset vastuun rajauskriteerit selkeästi toisistaan (s. 8 alav. 29). Hyvin samaan tapaan esim. Jareborg on korostanut, ettei ole olemassa minkäänlaista luonnollista syy-yhteyden rajoitetta, vaan tähän tarvitaan normatiivisia mitoja, jotka Jareborg itse sitoo ennen kaikkea *gärningsculpa*-käsitteeseen. Kyse ei suinkaan ole ainoasta rikosvastuuta rajaavasta seikasta, vaan yhtä lailla esim. osallisuus- ja vastuuasemaopit ja jo kriminalisointien teonkuvausten verbit rajoittavat sitä, mihin pelkän kausaalisuuden pohjalta päädyttäisiin. (Jareborg 2001 s. 34–35, 164–165 ja 178–179)

⁸¹⁰ Nuutila 1996 s. 223–226 ja 277. Nuutila toteaa adekvanssiteorian olevan lopulta teoria huolimattomuudesta, joka ei kuitenkaan *yksin* riitä tavoittamaan teon huolimattomuutta. Ymmärtääkseni Nuutilan tavoitteena ei ole syrjäyttää adekvanssiteoriaa, vaan täydentää rikosvastuun edellyttämää kriteeristöä teon huolimattomuus -opillaan. (s. 228–229 ja 274–275) Adekvanssiteorian mukainen ennakoitavuus ei kuitenkaan sisälly Nuutilan esittämään rikoksen rakennekaavaan (s. 180–181). Seurauksista vastaamisen edellytyksiin Nuutila sen kuitenkin laskee (s. 276–279).

⁸¹¹ Nuutila 1996 s. 495, 498, 511 ja 514. Nuutilan käyttämä ilmaisu ”kysymysten purkamisesta normatiivisesti avoimiin perusteluihin” (s. 475) kuvaa nähdäkseni hyvin sitä, mihin hän tältä osin pyrkii.

⁸¹² Nuutila 1996 s. 276.

⁸¹³ Nuutila 1996 s. 6–7.

culpa -jaottelusta ei olisi jo 1990-luvun puolivälissä löytynyt – eikä Nuutila tällaista väitäkään. Teoreettisesti suuntautuneen rikoslainopin kannalta Nuutilan teoksessa on kyse kotimaisessa lainopillisessa keskustelussa tavanomaisesti enemmän tai vähemmän epämääräisen ja ennakoitavuus-kriteerin varaan rakentuvan arkijärjen korvaamisesta huomattavasti analyttisemmällä ja hienojakoisemmalla mallilla, jossa keskeisenä erottelukriteerinä oli ennakoitavuuden sijaan sallittu tai kielletty riski. Tässä mielessä kyse on etenkin 1900-luvun loppupuolella Saksassa muotiin nousseen funktionaalisen rikosoikeusajattelun maahantuonnista⁸¹⁴.

Koko tutkimuksen läpi kantavana teemana kulkee modernin hyvinvointivaltiollisen ja perinteisemmän (liberalistis-)oikeusvaltiollisen rikosoikeuden yhteensovittaminen – jonkinlaisen synteisin muodostaminen tilanteessa, jossa yksityisen ihmisen tahdonmuodostusta ja pistemäisiä tekoja tarkastelevasta liberalistisesta oikeudesta siirrytään kohti yleisempää, hallinnoivaa ja resursseja uudelleen jakavaa hyvinvointivaltion oikeutta⁸¹⁵. Nuutila päättää aihetta koskevan nimenomaisen pohdinnan Jürgen Habermasin ajatukseen ”*proseduraalisesta oikeusparadigmasta*”, jonka mukaan liberalistinen ja hyvinvointivaltiollinen oikeus jäävät jatkuvaan keskinäiseen jännitteeseen ilman, että kumpikaan saavuttaisi etusijaa toinen toiseensa nähden. Olennaiseksi muodostuukin tapauskohtainen *tasapaino* yhtäältä oikeusvaltiollisten ja perusoikeuksiin kirjattujen *yksilön oikeuksien rajoittamisen* ja toisaalta hyvinvointivaltiollisen, tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen ja *jakavaan oikeudenmukaisuuteen pyrkivän preventiorikosoikeuden* välillä. Lopulta nimenomaan perus- ja ihmisoikeudet muodostavat sen perustan, jonka avulla oikeus voi itse tarjota realistisia normatiivisia mittapuita oikeudellisten käytäntöjen arviointiin – ja siis tapauskohtaisiin liberalistisen ja hyvinvointivaltiollisen oikeusmuodon välillä tehtäviin valintoihin. Niin yksilön toimintavapaudet kuin niiden rajoituksilla suojeltavat oikeushyvätkin vakavasti ottava rikoslainoppi on Nuutilan mukaan luonteeltaan teleologista ja myös avointa uusille tulkinnoille uusissa yhteiskunnallisissa oloissa. ”Funktionaalinen rikosoikeus ei rajaudu yksioikoisesti preventiivisten tavoitteiden toteuttamistyökaluksi, vaan ottaa vakavasti myös hyvinvointivaltioon ja oikeusvaltioon kuuluvan ihmisarvon kunnioittamisen.”⁸¹⁶

Synteesi ja tasapaino merkitsevät Nuutilalle ”perinteisen” muodollis-systemaattisen rikosoikeusajattelun kääntämistä aiempaa sisällöllisempään ja ennen kaikkea tavoitteellisempaan suuntaan. Nuutila rakentaa sinällään yleisten oppien järjestelmää, systeemiä, mutta tekee tämän sisällöllisin perustein. Systemaattiset johtopäätökset ja käsiteanalyysi eivät saa sanella aineellisoikeudellisia ratkaisuja, vaan lainopin painopiste on käännettävä siten, että *sisällölliset näkökohdat saattavat päinvastoin*

⁸¹⁴ Nuutila 1996 esim. s. 46, jossa hän toteaa ennen kaikkea funktionaalisessa rikosoikeudessa päähuomion tunnusmerkistön mukaisuuden arvostelussa siirretyn seurauksen ennakoitavuudesta sen arvioimiseen, oliko tekijän toimintaa pidettävä ylipäätään objektiivisesti kiellettyinä vai sallittuna riskinottona. Ks. myös s. 16–17 ja 21, jossa Nuutila korostaa ulkomaiseen aineistoon painottuvaa lähdeaineistoaan perustellessaan, ettei Suomea voi erottaa rikosoikeudellisen ajattelun perussuuntauksia tai liberalistisen ja hyvinvointivaltiollisen välistä jännitettä koskevassa keskustelussa omaksi alueekseen, jonka kehitys olisi jotenkin ainutlaatuista. Vaikka tutkimus koskee ensi sijassa Suomen voimassa olevaa rikosoikeutta, ei kotimaiselle kirjallisuudelle anneta etusijaa vierasperäisiin lähteisiin nähden edes tulkintajuridisissa kysymyksissä. Nuutila painottaakin, ettei hänen tarkoituksenaan ole selostaa lukijalle eri maiden ”vallitsevia” kantoja, vaan lähdeaineistona käytetään esityksiä, jotka Nuutilan arvion mukaan ovat toimineet tärkeinä keskustelunavauksina ja tarjoavat hänelle sisällöllisiä argumentteja. Nuutila korostaakin juuri argumenttien sisällöllisen painoarvon merkitystä lähteidenkäytön kannalta.

⁸¹⁵ Nuutila 1996 s. 40–44. Nuutila painottaa tältä osin kyseessä olevan joko/tai -tilanteen sijaan pikemminkin näkökulman siirtyminen, jossa vanhojen (liberalististen) rakenteiden päälle rakennetaan uusista (hyvinvointivaltiollisista) lähtökohdista uutta lopputuloksena ollen *kerrostunut* ja siis molempia elementtejä sisältävä oikeudellinen kokonaisuus (ks. s. 57–61). Konkreettisena esimerkkinä liberalistisen ja hyvinvointivaltiollisen oikeuden kerrostuneisuudesta ks. esim. s. 486–487. Ks. myös s. 50–57, jossa Nuutila nostaa (Ulrich Beckin ja Niklas Luhmannin ajattelun pohjalta) esiin riskiyhteiskuntakeskustelun eräänlaisena hyvinvointiyhteiskunnan käänköpuolena.

⁸¹⁶ Nuutila 1996 s. 59–61 ja 70–71.

pakottaa systematiikan uudelleenarviointiin – systemaattisilla pohdinnoilla on alisteinen asema aineellisiin kysymyksiin nähden – yleisten oppien on ”materiaalistuttava”. Juuri tällaisesta systematiikan uudelleenarvioinnista Nuutilan väitöskirjassa on kyse. Nuutila ei lähde korvaamaan systeemiajattelua jollain kokonaan uudella, vaan pyrkii täydentämään sitä. Täydennystä Nuutila etsii kriminaalipoliittisista tarkoituksenmukaisuusnäkökohdista sekä perus- ja ihmisoikeussidonnaisista arvonäkökohdista. Nuutilan ajatuksena on se, ettei modernin rikosoikeuden yleisten oppien osalta pelkkä rakenteellinen ja systemaattinen johdonmukaisuus yksinkertaisesti riitä, vaan tämän lisäksi yleisten oppien on oltava perusteltuja myös niin kriminaalipoliittisesti kuin oikeudenmukaisuusperiaatteidenkin valossa.⁸¹⁷ Nuutila havainnollistaa ajatteluaan vertaamalla ”perinteistä rikoslainoppia” palapeliin, jossa jokainen pala (eli peruskäsite) pyritään sovittamaan täsmällisesti omalle paikalleen siten, että lopputuloksena olisi eheä kuva (eli systeemi). Nuutilan oma käsitys yleisistä opeista on dynaamisempi. Nuutilalle yleiset opit edustavat jalkapalloa, jossa pelaajat (eli peruskäsitteet) liikkuvat kentällä päämäärähakuisesti vaikuttaen samalla niin pallon kuin muidenkin pelaajien sijoittumiseen. Pelaajien sijoittuminen ei ole mielivaltaista, vaan noudattaa pelin perusrakennetta (eli systematiikkaa) ja perusstrategiaa (eli kriminaalipoliittisia ja teoreettisia lähtökohtia). Itse peli on kuitenkin huomattavasti palapelin rakentamista joustavampaa ja mahdollistaa erilaisten päämäärien painottamisen ja myös niiden saavuttamisen mahdollisesti hyvinkin eri tavoin.⁸¹⁸

Nuutilan väitöskirja on edellisessä jaksossa sijoitettu (Nuutilan omien sanojenkin mukaisesti) osaksi ”kriminaalipoliittisesti suuntautunutta lainoppia”. Edellä mainitun valossa on selvää, että teoksessa yhdistyy piirteitä kaikista muistakin erittelemistäni rikosoikeudellisista trendeistä. Kriminaalipoliittikan ohella nimenomaan perus- ja ihmisoikeudet nousevat toiseksi keskeiseksi sisällöllisen oikeudenmukaisuuden lähteeksi. Ajatus peruskäsitteistä staattisen palapelin sijaan dynaamisena ja vuorovaikutussuhteisiin perustuvana joukkona edustaa puolestaan malliesimerkkiä

⁸¹⁷ Ks. erit. Nuutila 1996 s. 12, 25–27. Yhtäältä systemaattis-teoreettisen sekä toisaalta kriminaalipoliittisen ja ongelmakeskeisen ajattelun suhteesta rikoslainoppiin ks. tarkemmin s. 97–131. Nuutila huomauttaa, ettei modernin rikosoikeuden systematiikka ylipäänsä ole erityisen vakiintunutta (lukuun ottamatta aivan perustavaa laatua olevia lähtökohtia), eikä systemaattisilla johtopäätöksillä voida sitovasti ennakoita sisällöllisiä aineellisoikeudellisia ratkaisuja (s. 430). Lisäksi suuri osa tutkimuksessa esitettävistä kysymyksistä on sellaisia, ettei niitä ylipäänsä Nuutilan mielestä voisi edes järkevästi lähestyä perinteisellä systematiikkaan ja käsitteanalyysiin palautuvalla tavalla (s. 171 ja erit. alav. 510, jossa tällaisina kysymyksiä luetellaan mm. luottamusperiaate, perusteltu työnjako ja tuoteturvallisuus). ”Systematiikasta ei tulisi johtaa enempää ratkaisuja kuin sen premissit ’kantavat’.” (s. 111) Ks. myös Nuutila 1997a s. 64, jossa hän pelkistää rikoslainoppia koskevat käsityksensä viideksi teesiksi kuvaten kokonaisuutta (Juha Karhulta lainaamallaan termillä) ”materiaalisen oikeuden logiikaksi”. Tältä osin on syytä huomata Nuutilan puhuvan yhtäältä ”teesistä” ja toisaalta ”oikeuskulttuurissa tapahtumassa olevista muutoksista”. Kyse ei ole siitä, että Nuutila ainoastaan kuvailisi jonkinlaisia oikeuskulttuurin absoluuttisia muutoksia. Tätä tehdessään hän tulee samalla esittäneeksi hyvin voimakkaan käsityksensä siitä, millaisia muutoksia oikeuskulttuurissa Nuutilan mielestä pitäisi tapahtua. Lukijalta, joka lähestyy Nuutilan ajatuksia yksinomaan 1990-luvun rikosoikeustieteen kuvauksena jää helposti huomaamatta kyseessä olevan yhtäältä voimakas rikoslainopillinen ohjelmanjulistus. Mielenkiintoisena vertailukohtana ks. Lahti 1990, jossa Lahti kertoo tavoitteekseen osoittaa rikoslainopissa tapahtumassa olevia (kriminaalipoliittisesti suuntautuneita) muutoksia (s. 203), joille hän tekstissään ryhtyy asettamaan vaatimuksia (kiteyttäen tätä lopussa niin ikään vielä ”teesinomaisesti” (s. 217)). Myöhemmin Lahti toteaa tekstinsä voitavan nähdä silloisen kriminaalipoliittisen suuntauksen kanssa linjassa olleeksi *ohjelmanjulistukseksi* (Lahti 2017 s. 534 ja Lahti 2013a s. 59). Esim. huomattavasti systemaattis-dogmaattisempaa ja kriminaalipoliittikan suhteen skeptisempää rikosoikeudellista ajattelua edustaneelta aikalaishalta eli Dan Frändeltä tämä ei jää 1990-luvullakaan huomaamatta. Nuutilan väitöskirjaa koskevassa kommentissaan Frände toteaa Nuutilan teesien edustavan pikemminkin tämän unelmaa kuin dogmaattista todellisuutta. (Frände 1997 s. 214) Fränden ja Nuutilan oppilinen erimielisyys käykin hyvin ilmi kyseisestä kommentista; Frände ei hyväksy Nuutilan systemaattisen dogmatiikan kontrolle säilyttämää syntilistää ja ymmärtää Nuutilan hylkäävän paitsi abolitionismin myös oikeuden moraalisen perustan tyytyessään positivoituihin perusoikeuksiin (s. 215–217).

⁸¹⁸ Nuutila 1996 s. 23–24. Jalkapallometaforan jälkeen Nuutila toteaa vielä paremmaksi ajatuksen magneeteista tai taivaankappaleista, jotka liikkeessaan työntävät tai vetävät toinen toisiaan eri suuntiin ilman, että yksikään kuitenkaan syrjäyttäisi muita tai saavuttaisi edes kategorista etusijaa toisiin nähden (alav. 59).

periaatehakuista ajattelusta⁸¹⁹. Vaikka kaikki edellä mainittu vaikuttaa tavallaan ”perinteisen” muodollis-systemaattisen ajattelun vastavoimana, ei Nuutila missään nimessä hylkää myöskään systemaattista ajattelua. Kyse on muodollisen tasapainottamisesta sisällöllisellä – systematiikan täydentämisestä ja uudelleenarvioinnista⁸²⁰. Lisäksi monet Nuutilan tutkimuksessaan tekemät perusratkaisut ovat hyvinkin systemaattisia. Nuutila tunnustaa rikoksen rakenneopin perustavanlaatuiseksi ajatusmalliksi, jonka kautta tekoja rikosoikeudellisesti arvioidaan. Varsinaista rikosoikeudellisen huolimattomuuden käsittelyä edeltäkin sen sijoittaminen ”normiympäristöön”, minkä perusteella Nuutila jäsentää seurauksesta vastaamisen edellytykset viideksi ”vaiheeksi”, joiden läpikäynti oikeassa järjestyksessä tuottaa lopulta perusteltuja ratkaisuja.⁸²¹

Nuutilan keskeiset metodiset lähtökohdat noudattavat saksalaisen niin sanotun funktionaalisen rikosoikeuskoulun ajatuksia. Erityisen lähellä Nuutila on Claus Roxinia, joka esimerkiksi Helsingin yliopistolla 1988 pitämässään vierailuluennossa tarjosi käsitteellis-systemaattisen rikosoikeusajattelun käytännöllisiin ja aineellisoikeudellisiin ongelmiin lääkkeeksi synteisiä, jossa dogmaatiikan ja systematiikan hylkäämisen sijaan jo rikosoikeuden yleiset opit rakennetaan materiaalisista näkökohdista lähtien. Käytännössä tämä edellytti Roxinin mukaan yleisen osan käsitteiden määrittelyä niiden oikeudellisista seurauksista lähtien sekä näiden käsitteiden systemaattisen yhteyden perustamista johtaviin kriminaalipoliittisiin periaatteisiin. Roxinin perusajatuksena on siis se, että jo rikosoikeuden käsitteen- ja systeeminmuodostuksen tulisi perustua kriminaalipoliittiseen harkintaan; rikoslainoppi ei ole ”kriminaalipoliitiikan ylittämätön raja-aita”, vaan kääntäen kriminaalipoliitiikka on rikosoikeudellisen käsitteen- ja systeeminmuodostuksen lähde.⁸²² Juuri tällaista käännettä Nuutila väitöskirjassaan pyrkii toteuttamaan – ja vieläpä hyvin samanlaisin keinoin kuin Claus Roxin. Roxin totesi kyseisessä esityksessään objektiivista syyksilukemista koskevan saksalaisen opin yksityiskohtaiseen kehittelyyn tarvittavan monografia, jonka Roxin otaksui johtavan ”säätöjärjestelmään, jonka avulla vastuu tuottamuksellisista teoista voitaisiin sovittaa tarkasti yhteen niin syyllisyysperiaatteen kuin lainsäätäjän preventiivisten päämäärien kanssa”⁸²³. Nuutilan väitöskirja on monellakin tapaa juuri sellainen monografia, jota Roxin kaipailli.⁸²⁴

⁸¹⁹ Ks. etenkin Nuutila 1996 s. 144–145, jossa Nuutila käsittelee periaatteiden roolia oikeudessa. Rikosoikeuden kannalta olennaisina periaatteina toimivat etenkin kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeudet, joista jälkimmäiset Nuutila mieltää juuri oikeusperiaatteen luonteisiksi normeiksi viitaten Alexyn perusoikeusteoriaan (s. 142).

⁸²⁰ Nuutilan itsensä mukaan väitöskirjan tulkintajuridinen pääosa (luvut III–VI) merkitsee yleisten oppien peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden kriittistä uudelleenarviointia edellä omaksuttujen metodisten lähtökohtien tarjoamissa puitteissa (Nuutila 1996 s. 12).

⁸²¹ Nuutila 1996 s. 177, 276–279 ja 417. Ks. myös s. 180–181, jossa Nuutila esittää kaavion tuottamuksellisten rikosten yleisistä edellytyksistä. Kyse on väitöskirjan III-luvusta, joka alkaa ”tuottamuksen systemaattista asemaa” ja rikoksen rakenneopin merkitystä ylipäänsäkin koskevalla pohdinnalla.

⁸²² Roxin 1989 erit. s. 321–324 ja 327. Roxin päätti esityksensä kertomalla olevansa onnellinen, jos olisi onnistunut tekemään ymmärrettäväksi, ettei rikosoikeusdogmatiikka ole ”elämälle vierasta ajatuksilla leikkimistä vaan käytännöllisesti suuntautunut, yhteiskuntaolojen vapauden ja turvallisuuden kannalta tärkeä tiede”. Roxin puhuu ”kriminaalipoliittisesti suuntautuneesta rikoslainopista”, jonka lähtökohtana on tärkeimpien periaatteiden (ennen kaikkea preventiivisyyden ja sitä rajoittavan syyllisyysperiaatteen) yhdistäminen rangaistusteoriaksi, joka muodostaisi yhtenäisen ja kaikki rikoksen rakenteen tasot läpäisevän perustan (s. 327–329 ja 339–340).

⁸²³ Roxin 1989 s. 334.

⁸²⁴ Nuutila itse toteaa ns. funktionalismin syntyneen eräänlaisena vastareaktiona rikosoikeudelliselle finalismille ja nostaa ajattelusuuntauksen taustalle ennen kaikkea Roxinin vuonna 1970 ilmestyneen teoksen *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, jossa Roxinin tarkoituksena oli palauttaa kriminaalipoliitiikan ja rikoslainopin välinen yhteys siten, että käsitteellisen järjestyksen ja selkeyden lisäksi rikoslainopin oli otettava kriminaalipoliittiset tavoitteet vakavasti, eikä se saanut (entiseen tapaan) jäädä todellisuudelle vieraaksi. (Nuutila 1996 s. 192) Hieman kummallinen piirre Nuutilan tutkimuksessa on se, että huolimatta funktionalismin jatkuvasta käsilläolosta, Nuutila ei kuitenkaan tunnu haluavan nimenomaisesti tunnustautua funktionalistiksi.

Nuutila täyttää tuottamuksen objektiivisen puolen *opilla teon huolimattomuudesta*⁸²⁵ eli kriteeristöllä, jonka varassa on arvioitavissa, onko sinällään rikosoikeudellisesti relevantin syy-yhteyden ja ennakoitavuudenkin täyttävää toimintaa pidettävä objektiiviselta kannalta rikosvastuuseen johtavana. Tämä tapahtuu yksi- tai kolmiportaisen tarkastelun kautta riippuen siitä, edellyttääkö rikos tietyn seurauksen täyttymistä. Mikäli kyseessä ei ole tiettyä seurausta edellyttävä rikos, riittää teon huolimattomuuteen se, että toiminnassa on ollut kyse *kielletystä riskistä*, joka merkitsee vaaditun huolellisuusvelvoitteen rikkomista. Mikäli rikostunnusmerkistö edellyttää pelkän toiminnan ohella tietyn seurauksen käsilläoloa (Nuutila puhuu *loukkaamisrikoksista*), on teon huolimattomuuden kriteeristöä täydennettävä kahdella lisäkriteerillä. *Ensinnäkin* kielletyn riskin ottamisen on oltava relevantissa suhteessa tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymiseen ja *toiseksi* rikostunnusmerkistön on ulotuttava konkreettiseen vahinkoseuraukseen. Typistetysti teon huolimattomuuden vaatimus voidaan siis kokonaisuudessaan muotoilla seuraavasti: ”Rikosoikeudellisen vastuun edellytyksenä on, että 1) tekijä on aiheuttanut oikeudellisesti relevantin vaaran ja 2) tämä vaara on realisoitunut tunnusmerkistön mukaisessa seurauksessa. Lisäksi 3) tunnusmerkistön on ulotuttava konkreettiseen vahinkoseuraukseen.”⁸²⁶

Jo otsikkotasolla kyse on pitkälti samanlaisesta muotoilusta kuin mitä esimerkiksi Claus Roxin käyttää niin vuosien 1997 kuin 2006 oppikirjoissaan. Myös Nils Jareborgin aiheita koskeva esitys jo teoksessa *Straffrättens ansvarslära* (1994) on varsin lähellä Nuutilan jaottelua. Yhteistä kaikille on ylipäänsä se, että tarkoituksena on rajoittaa pelkän syy-yhteyden varassa liian laajaksi jäävän rikosvastuun alaa.⁸²⁷ Tässä kohdin on olennaista huomata, ettei edellinen otsikkotason rinnastus vielä itsessään kerro juuri mitään. Tarkkaavainen lukija ei voi olla kysymättä, mitä merkitsevät ”kielletty riski”, ”riskinoton relevanssi” ja ”tunnusmerkistön ulottuvuus”. Nuutila määrittelee *kielletyn riskin* jo edellä mainituin tavoin ”huolellisuusvelvoitteen rikkomiseksi” täsmentäen tätä edelleen erilaisilla sallitun riskinoton tyyppitilanteilla, joissa minkäänlainen huolellisuusvelvoite ei toisin sanoen tule rikotuksi. Nuutila korostaa huolellisuusvelvoitteiden täsmentämisen lopulta jatkuvaksi ja myös tilannekohtaiseksi arvostusprosessiksi, jonka osalta on selvää, ettei vaadittavan huolellisuuden taso ole edes tarkasti säännellyillä elämänalueilla määritettävissä

Esim. Backman 1992 s. 398 on huomauttanut vastaavasta välttelystä jo Nuutilan vuoden 1991 lisensiaattityön osalta, jonka Backman itse katsoo päättyvän hahmotelmaan nimenomaan funktionaalisesta syyllisyysopista.

⁸²⁵ Nuutila 1996 s. 174 ja 193 toteaa teoksessaan käyttämänsä ”teon huolimattomuuden” vastaavan terminologisesti Saksassa ennen kaikkea Claus Roxinin ja Bernd Schünemannin muotoilemaa ja 1990-luvun puolivälissä jokaisesta saksalaisesta rikosoikeuden yleisten oppien oppikirjasta tavattavaa ”objektiivista syyksilukemista”, jota niin ikään Ruotsissa vastaa Jareborgin muotoilema (ja Nuutilan ”teoreettisesti korkealaatuiseksi” luonnehtima (s. 273)) teoria kahdenlaisesta culpasta.

⁸²⁶ Nuutila 1996 s. 275–276. Suomessa teon huolimattomuus -oppia oli hyödyntänyt jo ainakin Dan Frände vuoden 1994 oppikirjassaan *Allmän straffrätt. En introduktion* (Frände 1994a s. 103–116), jossa Frände sijoitti gärningsculpa-edellytyksen yhdeksi kausaalisuhdetta (eli käytännössä jonkinlaista seurausta) edellyttävien rikosten tunnusmerkistön mukaisuuden elementiksi. Tältä osin Frände katsoi asettuvansa Roxinin objektive Zurechnung -opin kannalle katsoen Jareborgin sen sijaan sijoittavan oman gärningsculpansa oikeuttamisperusteeksi. Käytännössä Frände muotoilee oppia koskevan kriteeristön negatiivisesti: gärningsculpa aktualisoituu, mikäli teossa ei ole kyse 1) sallitusta riskinotosta, 2) vahinkoriskin vähentämisestä tai 3) tunnusmerkistön edellyttämän seurauksen kannalta epärelevantista riskistä.

⁸²⁷ Roxin 1997 s. 314–351 ja 2006 s. 375–421 (1) Schaffung eines unerlaubten Risikos, 2) Verwirklichung des unerlaubten Risikos, 3) Die Reichweite des Tatbestandes) sekä Jareborg 1994 s. 43–67 (1) ”Är den kontrollerade gärningen oaksam” (= ett otillåtet risktagande), 2) ”Är den kontrollerade gärningens oaksamhet relevant för den okontrollerade följden”). Ks. myös Frände 2002, joka vertailee Jareborgin ja Roxinin teoriaa huomauttaen Jareborgin lähtevän oman teorians rakentamisessa liikkeelle tuottamuksellisista rikoksista, Roxinin sen sijaan tahallisista (s. 249). Esim. Nuotio 1998 s. 323 toteaa Nuutilan peruskonsepction yhdistelmäksi saksalaisia ja pohjoismaisia vaikutteita terminologian ollessa lähellä Jareborgia, mutta sisällön pikemminkin saksalaisessa kirjallisuudessa esillä olleita tapausasetelmia. Esim. Wolter 1995a s. 5–7 kiteyttää Roxinin objektive Zurechnung -opin seuraavasti: ”Die Zurechnung zum objektiven Tatbestand setzt die Verwirklichung einer vom Täter geschaffenen, nicht durch ein erlaubtes Risiko gedeckten Gefahr innerhalb der Reichweite des Tatbestandes voraus.” Oppi on siis kolmiportainen (”Dreistufentheorie”) sisältäen elementit: a) ”Schaffung eines unerlaubten Risikos”, b) ”Verwirklichung dieses Risikos im Erfolg” sekä c) ”innerhalb der Reichweite des Unrechtstatbestandes”.

jäännöksettä etukäteisin säännöksiin – puhumattakaan vähemmän säännellyistä elämänilueista. Sallitun ja kielletyn riskin rajaa joudutaankin käymään niin enemmän tai vähemmän yksityiskohtaisia turvallisuusmääräyksiä ja viranomaislupia soveltamalla, hyötyjä ja haittoja tai vaikkapa tieliikenteen luottamusperiaatetta punnitsemalla sekä vaaran vähentämisen ja korottamisen määrää arvioiden – vain muutama esimerkki Nuutilan tilanneluettelosta mainiten.⁸²⁸

Kielletyn riskinoton relevanssin osalta Nuutila viittaa vahingonaiheuttajan ja -kärsijän väliseen riskinjakoon, joka edellyttää huolellisuusvelvoitteiden teleologista tulkintaa, mikä puolestaan edellyttää kulloisenkin huolellisuusvelvoitteen tavoitteen riittävän täsmällistä määrittelyä. Lopulta kyse on siitä, realisoituiko huolellisuusvelvoitteen loukkauksen seurauksena *juuri se* vaara, mitä varten riskinotto oli kiellettyä – *aiheutuiko vahinkoseuraus nimenomaan huolimattomuudesta*.⁸²⁹ Edellisten mitä vaikeimpien kysymysten pohjalta Nuutila päätyy puoltamaan ennen kaikkea Roxinin kehrittelemää niin sanottua *riskinkorotusteoriaa*, jonka ydinajatuksena on sitoa riskinoton relevanssi siihen, kuinka olennaisesti huolimaton toiminta (kielletyn riskin ottaminen) on korottanut riskiä seurauksen sattumisesta verrattuna huolelliseen toimintaan (sallittuun riskinottoon)⁸³⁰. Teleologista huolellisuusvelvoitteiden tavoitteiden pohdintaa edellyttävän kielletyn riskinoton relevanssin suhde viimeiseen teon huolimattomuuden kriteeriin eli *tunnusmerkistön ulottuvuuteen* (tai *suojelutavoitteeseen*) jää Nuutilan esityksessä hyvin epäselväksi.⁸³¹ Nuutila lähestyy viimeistä kriteeriä suojelutarpeen periaatteesta käsin kysyen, kaipaako loukkauksen kohde rikosoikeudellista suojaa vai ei – ja vielä yksinkertaisemmin: *onko tunnusmerkistö tarkoitettu sovellettavaksi kulloinkin kyseessä olevaan tapaukseen*.⁸³² Jälleen kerran Nuutila päätyy tyyppitilanteiden avulla jäsennettyyn erittelyyn, joka etenkin aihetta koskevan kotimaisen keskustelun ja oikeuskäytännön vähäisyyden vuoksi päättyy kerta toisensa jälkeen viittauksiin ”jatkokehittelyn”, ”erillistutkimuksen” tai ”laajemman erillistarkastelun” tarpeeseen.⁸³³

Edellä mainittu ilmentää hyvin objektiivista tuottamusta tai syyksilukemista (halusipa sitä nimittää teon huolimattomuudeksi, objektive Zurechnungiksi tai gärningsculpaksi) koskevien teorioiden olennaisia ongelmia. Ensinnäkin ne ovat valtavan monimutkaisia. Tämä johtuu jo niiden taustalla olevasta lähtökohtaisesta sisällöllistä oikeudenmukaisuutta koskevasta painotuksesta, jonka mukaisesti systematiikka ei saa sanella yksittäistapauksiin annettavia ratkaisuja ohi sisällöllisten seikkojen. Sitoutuminen hyväksyttäviin rikoslainopin tuottamiin tuloksiin, eli

⁸²⁸ Sallitun riskinoton tilanteiden erittelystä ks. Nuutila 1996 s. 304–398. Huolellisuusvelvoitteiden jatkuvasta ja arvostuksenvaraisesta luonteesta ks. esim. s. 313–314.

⁸²⁹ Nuutila 1996 s. 399–402, 404, 408–409 ja 422.

⁸³⁰ Nuutila 1996 s. 424–425 ja 440.

⁸³¹ Sinällään teon huolimattomuuden arvioinnin osa-alueet pitävät sisällään varsin moninaista ainesta, joka monilta osin edellyttää hyvin samantyyppisten seikkojen arviointia. Kuten Jussi Matikkala kommentissaan toteaa, mallissa voisi olla yhtä hyvin viisikin porraa. Lisäksi on hyvä huomata Nuutilan itsensäkin häilyneen kahden ja kolmen portaan välillä siten, että vielä vuoden 1995 *Rikosoikeuden ABC -kirjassaan* Nuutila tukeutui kaksiporlaiseen ja siis vain kielletyn riskin ja sen relevanssin erottavaan malliin. (Matikkala 1997 s. 424) Myös vastaväittäjä Koskinen 1997 s. 952 toteaa juuri riskinoton relevanssin ja tunnusmerkistön ulottuvuuden välisen jaon systemaattisesti ongelmalliseksi. Samoin myös Frände 1997 s. 221.

⁸³² Nuutila 1996 s. 459 ja 486. Nuutila katsoo riskinoton relevanssissa ja tunnusmerkistön ulottuvuudessa olevan kyse ”eri tasojen asioista”; ensimmäisen kohdalla arvioidaan konkreettisemmin toiminta- tai vaarantamisrikoksen ratiota, jälkimmäistä arvioidaan sen sijaan yleisellä tasolla loukkaamisrikoksen ja vahinkoseurauksen näkökulmasta (s. 403). Myöhemmin Nuutila katsoo kuitenkin tunnusmerkistön ulottuvuuden tapauskohtaisemmaksi harkinnaksi verrattuna riskinoton relevanssin kohdalla suoritettavaan yleisempään huolellisuusvelvoitteen suojelutavoitteen määrittämiseen. Nuutila toteaa itsekkin, ettei erottelu ole aina mitenkään yksiselitteinen. (s. 458–459) En voi itse välttää ajatuksesta siitä, että tunnusmerkistön ulottuvuudesta on viimeisenä teon huolimattomuuden kriteerinä muodostunut (Nuutilan omankin teorian puitteissa) erityistapausten sekalainen ryhmä, jonka puitteissa pyritään lähinnä sulkemaan vielä tässä vaiheessa mukana roikkuvat, mutta syytä tai toistesta ei-toivottavat tilanteet rikosvastuun ulkopuolelle.

⁸³³ Nuutila 1996 esim. s. 494, 501, 517 ja 519.

sisällöllisesti oikeisiin yksittäistapauksellisiin ratkaisuihin, johtaa tietysti siihen, että ihmiselämässä esiintyviä mitä moninaisempia kuviteltavissa olevia tilanteita on tarkasteltava yksityiskohtaisesti. Yritettäessä pukea tämä yksityiskohtainen tarkastelu yleisten oppien yleiseen (ja systemaattiseen) muotoon joudutaan kerta toisensa jälkeen tilanteeseen, jossa erilaisia tyyppitapauksia jyvitetään mitä ylimalkaisempien, epämääräisempien ja sekavien käsitteiden alaisuuteen. Erityisen selvästi tämä käy ilmi omasta Nuutilan väitöskirjaa koskevasta tiivistelmästäni. En kerta kaikkiaan kykene tekemään oikeutta Nuutilan tutkimukselle, koska se perustuu ajatuksiin, joita ei voi esittää lyhyesti ja johdonmukaisesti – systemaattisesti. Mikäli haluaa ymmärtää Nuutilan ajattelua, on yksinkertaisesti luettava hänen teoksensa ja perehdyttävä niihin tyyppitapausten joukkoihin, joita hän lukijansa eteen marssittaa.

Juuri tähän kiteytyy myös Nuutilan tutkimuksen rikosoikeustieteellinen arvo (– mikäli siis vieraskielisten ajatusten suomentamista ei sellaiseksi laske). Se on juuri sellainen muun muassa Roxinin kaipaama objektiivista syyksilukemista koskeva syvälinen monografia, jossa kyseinen oppirakennelma viedään tavallaan äärimmilleen⁸³⁴. Yleisen tason kehittelmien tai hajanaisten yksittäistapausten ratkomisen sijaan Nuutilan työ merkitsee pyrkimystä luoda kattava järjestelmä, jossa mitä moninaisimpia yksittäistapauksia pyritään hallitsemaan yleisillä opeilla. Tätä varten Nuutila kehittää työssään uudentyyppiseksi katsomaansa rikoslainopin menetelmää, jossa soveltamisratkaisu ymmärretään subsumptiologisen tapahtuman sijaan *argumentatiivisena ongelmanratkaisuna* sekä *sovellettavan normin ja tosiseikaston lähentymisenä*. Tältä osin Nuutila tukeutuu tuolloisessa argumentaatiota ja retoriikkaa painottaneessa oikeusteoreettisessa keskustelussa keskeiseen asemaan nousseisiin *topiikan* ja *typologian* ajatusmalleihin.

Topiikalla Nuutila ymmärtää erilaisten näkökohtien (*topoi*) esittämistä ratkaisun tueksi siten, että juridinen argumentaatio pohjautuu monipuolisesti eri yhteyksissä hyödynnettäviin näkökohtiin. Vaikka rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, analogiakielto ja ylipäänsäkin oikeuslähdeoppi rajoittavat olenaisissa määrin relevanttien argumenttien määrää, merkitsee topiikka Nuutilalle mahdollisuutta lähentää systeemi- ja ongelma-keskeistä ajattelua siten, että haastavat tulkintakysymykset ratkaistaan säädöstekstien asettamissa rajoissa pro & contra -tyyppisen argumentaation perusteella.⁸³⁵ Samoin typologinen ajattelu merkitsee Nuutilalle mahdollisuutta lähentää tai jopa yhteensulauttaa yleistä ja yksityiskohtaista. Tältä osin Nuutila tukeutuu ajatukseen laintulkinnasta yhtäältä abstraktien ja yleisten oikeusnormien sekä toisaalta konkreettisten ja tapauskohtaisten tosiseikkojen välisenä hermeneuttisena kehänä, jossa yleinen ja yksittäinen, abstrakti ja konkreettinen, arvot ja todellisuus sekä normit ja tosiseikat – filosofisessa kielenkäytössä usein *pitäminen* ja *oleminen* – sulautuvat toisiinsa. Tällainen lähentymis- tai sulautumisprosessi edellyttää Nuutilan mukaan erittelykykyistä kolmatta elementtiä (*tertium comparationis*). Tällaisen Nuutila löytää *tyypistä*, joka muodostaa Nuutilalle elementin, joka yhtäältä ”käsitettä” yksityiskohtaisempana, mutta toisaalta ”yksittäistapauksellista” yleisempänä kykenee yhdistämään tarkoituksenmukaisella tavalla normatiivisia ja tosiasiallisia ulottuvuuksia – se ”toimii todellisuuden ja

⁸³⁴ Tältä osin on hyvä muistaa, ettei Nuutila suinkaan ollut Suomen mittapuullakaan ensimmäinen saksalaisperäiseen objektiiviseen syyksilukemiseen tarttunut kirjoittaja. Esim. Fränden jo mainittu vuoden 1994 oppikirja otti paljon vaikutteita niin asiaa koskevasta saksalaisesta keskustelusta kuin Nils Jareborginkin kehittelmästä. Ks. vielä Frände 2013 s. 271–272, jossa Frände nostaa lisäksi tältä osin esiin Pekka Koskisen, joka tosin nojautui pitkälti Roxinin sijaan Hans-Heinrich Jescheckin vuoden 1969 rikosoikeuden yleisten oppien oppikirjaan ja suhtautui pidättyvästi riskikäsitteeseen (s. 276–277).

⁸³⁵ Nuutila 1996 s. 12 ja 125–130.

normien välissä”.⁸³⁶ Käytännössä tyyppitapausajattelu toimii tavallaan kaksisuuntaisesti. Ensinnäkin tarkastelun kohteena olevaa normiainesta pyritään konkretisoimaan siten, että normien osalta pelkistetään yleisemmän topóluettelon varassa niiden tyyppillinen soveltamisalue (normin ydinalue). Toiseksi yksittäistapauksien toiseikastoista pyritään abstrahoimaan erilaisia tyyppitapauksia. Lopullisena tavoitteena on, että yhtäältä konkretisoitu normin ydinalue ja toisaalta abstrahoitu tyyppitapaus jossain vaiheessa kohtaisivat siinä määrin, että oikeudellinen ratkaisu tulisi mahdolliseksi.⁸³⁷

Se, miten Nuutila todella aikoo yhdistää yleisen ja yksittäisen, systemaattisen ja ongelmalähtöisen sekä olemisen ja pitämisen, jää tutkimuksen teoreettisen II-luvun topiikkaa ja typologiaa koskevista pohdintoista huolimatta hyvin epäselväksi. Nuutila toteaa itsekkin niin *topóin* kuin *tyypinkin* käsitteet epämääräisiksi ja kattavien määrittely-yritysten jäävän niiden osalta yleensä epäonnistuneiksi.⁸³⁸ Juuri tässä piilee uskoakseni niin topiikan, typologian kuin Nuutilan tutkimuksenkin juju, johon jo edellä viittasin; kyse on jostain muusta kuin yleisellä tasolla täsmällisesti määriteltävissä tai edes ilmaistavissa olevista seikoista – niiden ensisijaisena pyrkimyksenä on loppuvuimeksi käytännöllisten ongelmatilanteiden ratkaiseminen, ei systemaattisesti hallittavissa olevien järjestelmien luominen.

Abstraktin määrittelemisen sijaan Nuutilan tutkimuksen osalta onkin aivan korostuneen tärkeää katsoa, mitä siinä käytännössä tapahtuu. Havainnollisena – suorastaan *tyypillisenä* – esimerkkinä Nuutilan metodista toimii nähdäkseni tapa, jolla hän tarkastelee koko tutkimuksen kannalta keskeisessä asemassa olevaa ”sallittua riskinottoa”. Nuutila jakaa sallitun riskin yhteensä viiteen tyyppitilanteeseen, joista yhtenä toimii *toisen rikosteon tuottamuksellinen edistäminen*.⁸³⁹ Nuutila aloittaa aiheen käsittelyn hahmottelemalla kysymyksenasettelun sekä perinteiset ratkaisumallit (s. 347–353). Tämän jälkeen Nuutila jäsentää ongelmatilanteen uudelleen jakamalla sen edelleen erityyppisiin tilanteisiin siten, että edistäjän ja päätekijän syyksiluettavuuden avulla saadaan esiin ”päätyyppien” karkea nelikenttä (s. 355, edistäjä/päätekijä x tahallisuus/tuottamus = nelikenttä). Ensisijassa laiminlyöntirikoksiin ja osallisuusopeihin liittyvien näkökohtien pohjalta erilaisia aiheeseen liittyviä kysymyksenasetteluita jäsennetään yhä hienojakoisemmiksi siten, että lopputuloksena on kaavio, jossa matkan varrella esille nousseet näkökulmat ja arviointiperusteet on järjestetty alun päätyyppien nelikenttään (s. 372). On olennaista huomata, ettei Nuutila ratkaise esityksessään lukijansa puolesta ainoatakaan konkreettista lainsoveltamiskysymystä, vaan tarjoaa tälle ainoastaan tyyppitapausten varaan jäsennetyn joukon argumentteja ja näkökohtia, joiden varassa kukin voi lähteä suorittamaan aihepiiriin edellyttämiä punnintoja yksityisten toiminallisten vapauksien ja oikeushyvien suojelutarpeen välillä. Juuri tätä Nuutilan hahmottelema kokonaisarviointiin perustuva malli hänen itsensäkin mielestä edellyttääkin (s. 373).

Nuutilan tutkimus merkitsee valtavaa määrää eri tavoin jäsenneltyjä ja ryhmiteltyjä tyyppitapauksia, joiden varassa lukijalle tarjotaan kyseisten tyyppitapausten varaan

⁸³⁶ Nuutila 1996 s. 152–165. Nuutila toteakin tyyppitapausten arvioinnin yhdeksi tutkimuksensa keskeisimmistä teemoista. Monissa kohdin lainopillista analyysiä ei nimenomaisesti tehdä systematiikkaan tai käsiteanalyysiin palautuvalla tavalla, vaan kysymyksiä lähestytään ”omissa toiminnallisissa ympäristöissään tyyppitapausten kautta”. (s. 171)

⁸³⁷ Ks. erit. Nuutila 1996 s. 169, jossa Nuutila esittää tyyppitapausajattelua havainnollistavan kuvion.

⁸³⁸ Nuutila 1996 s. 126–127 ja 163–166. Esim. tyyppi ei pelkisty empiriseksi keskimääräisyudeksi (”tavallisuudeksi”), minkä osalta Nuutila tyytyy viittaamaan hermeneuttisen ajattelun heikkouksiin; pääsäännön erottaminen poikkeuksesta ja tyyppillisen erottaminen epätyyppillisestä kun ei välttämättä perustu pohdittuun analyysiin vaan esim. tottumuksen voimaan.

⁸³⁹ Toisen rikosteon tuottamuksellista edistämistä käsitellään kohdassa Nuutila 1996 s. 347–379.

ryhmiteltyjä argumentteja. Juuri tähän kiteytyvät ne *tulkintajuridiset* tavoitteet, jotka Nuutila tutkimukselleen asettaa: kyse on ongelmien ja kysymysten sekä niihin tarjolla olevien näkökohtien ja argumenttien muotoilusta ja täsmentämisestä. Edellä mainittuja pyritään sinällään kyllä systematisoimaan, mutta suoria tulkintajuridisia kannanottoja ei tämän systematiikan pohjalta tehdä. Lopputuloksena on siis ”toimintaympäristökohtainen tyyppitapausajattelu”, jossa rikoslainoppi tyytyy jäsentämään kysymyksiä tyyppillisten soveltamistilanteiden varassa ja asettamaan näin rationaaliselle lainsoveltajalle vaatimuksia suoraviivaisten tulkintasuositusten sijaan.⁸⁴⁰

Nuutilan tutkimus edustaa ennen kaikkea Claus Roxiniin henkilöityvää funktionaalista rikosoikeusperinnettä myös jo edellä esille nostettujen painopisteidensä osalta. Gunnar Duttge on puhunut niin rikos- kuin siviilioikeudessaakin havaittavissa olevasta yleisestä ”riskiorientoitumisesta”, jonka myötä oikeudellisen vastuun painopiste on siirtynyt ”patriarkalisesta henkilökohtaisesta syyksi lukemisesta” kohti *objektiivista, normatiivista* ja *seurausorientoitunutta* painotusta. Rikosoikeuskaan ei Duttgen mukaan ole pysynyt erossa riskeillä ajattelun kiehtovuudesta, joka on ilmennyt siinä määrin voimakkaana, että esimerkiksi tahallisuuden ja tuottamuksen kaltaisten aiemman juridiikan keskeiskäsitteiden on esitetty jopa käyneen ”vanhentuneiksi”.⁸⁴¹ Nuutila itse puhuu ”riskiyhteiskunnan rikosoikeustieteestä”, jossa aiemmin ennakoimattomiksi luonnehditut ilmiöt ja vaarat ymmärretään kalkyloitavina ja päätöksenteolla hallittavina *riskeinä* siten, että samalla subjektiivinen moitittavuus jää taka-alalle kiinnostuksen keskittyessä sen sijaan riskeihin ja objektiiviseen haitallisuuteen. Nuutila toteaa nimenomaisesti tällaisen piirteen olevan nähtävissä myös omassa tutkimuksessaan.⁸⁴² Kyse on siitä, että inhimillistä toimintaa arvioitaessa keskiössä

⁸⁴⁰ Nuutila 1996 s. 25, 27 ja 276. Hyvin samanlaiseen tapaan esim. Hemmo 1998 s. 10–11 puhuu ”argumentteja kehittävästä dogmatiikasta” asettaen lainopin tehtäväksi kysymykseen tulevien argumentaatiomallien kehittelyn siten, että argumenttien viimekätinen punninta jää tuomioistuinten tehtäväksi. Ja hyvin samaan tapaan hahmottaa ”kriminaalipoliittisesti orientoituneen tutkimuksen” edelleen esim. Tolvanen 2009 s. 373, jonka mukaan lainoppi ei välttämättä tuota yksiselitteisiä tulkintasuosituksia, vaan tarjoaa pikemminkin vain argumentteja ja ratkaisuvaihtoehtoja lainkäyttäjälle, jäsentää ongelmia ja systematisoi käsillä olevaa oikeudellista materiaalia.

⁸⁴¹ Duttge 2001 s. 15–21 ja 109. Ks. myös Jakobs 1974 s. 26, joka puhui jo vuonna 1974 rikosoikeusdogmatiikan hämmästyttävän sinnikkäästi tuntemasta viehätysksetä tuoda *sallittu riski* osaksi tuottamudogmatiikkaa. Esim. Wolter 1995a s. 5, 10 ja 24 toteaa juuri Roxinin *Risikoprinszipin* muodostavan niin modernin objektive Zurechnung -opin kuin ylipäänsäkin tavoiterationaalisen ja funktionaalisen rikosopin ytimen, joka asettaa koko rikosoikeusjärjestelmän uuteen valoon. Wolter näkee modernin rikosoikeusjärjestelmän ”mit Hang zum Risiko und Drang zum Objektiven” (ja kyseisen järjestelmän rakennusmestariksi siis Claus Roxinin) (Wolter 1995b s. 4 ja 33–34).

⁸⁴² Nuutila 1996 s. 56–57 erit. alav. 71. Ks. myös Nuutila 1991, jossa Nuutila etsii nykyisin vallitseviksi katsomiensa syyllisyyskäsitteiden juuria, joiden avulla olisi mahdollista selittää erilaisia syyllisyysteorioita (s. 8). Nuutila näkee koko 1900-luvun syyllisyysdogmaattista keskustelua leimanneena piirteenä syyllisyyden irrottamisen yksilöllisestä (tosiasiallisesta) toisintoimimismahdollisuudesta vastauksena determinismin vaatimuksiin (, jotka Nuutila siis itsekin allekirjoittaa ainoana tieteellisesti kestävästä lähtökohdasta (s. 198–199)). Tätä kautta klassisismiin edellyttämä tahdon vapaus ja siis mahdollisuus toimia toisin on muuttunut tosiasian sijaan normiksi. Syyllisyysarvostelussa ei siis ole kyse deskriptiivisestä tekijän tosiasiallisesta ”voimisesta”, vaan normatiivisesta vastuun kohdentamisesta. (s. 181–182 ja 187) Esim. juuri ns. konformiteettiperiaatteen edellyttämä subjektiivisen syyllisyyden vaatimus ei perustu olettamukseen tekijän tosiasiallisesta vapaudesta, vaan siinä on yksinkertaisesti kyse rikosoikeudellisen järjestelmän mahdollisimman tehokasta toimintaa rajaavasta perusteesta, jonka hyväksyttävyydestä on normatiivisessa ajattelussa (s. 213). Syyllisyyskäsitteen erilaisista osatekijöistä ja niiden historiallisista taustoista ks. myös Utraiainen 1984, joka niin ikään käsittelee tahdonvapauden perusidean nojautuneen klassisismiin vaihtumista 1800-luvun loppupuolella sosiologisen koulun ”psykologiseen syyllisyyskäsitteeseen” ja tämän korvautumista edelleen 1920-luvulla ”normatiivisella syyllisyysopilla”. Siinä missä sosiologinen koulu vältteli normatiivisia aineksia naturalistisen, psykologis-deskriptiivisen ja etteisesti värittömän syyllisyyskäsitteensä ”tieteellistä imagoa” sokevina tekijöinä nostettiin juuri normatiivinen *moitittavuus* suoranaista vastareaktionä 1920-luvulta alkaen syyllisyyden eri ainesosia yhdistäväksi elementiksi. (erit. s. 70, 75, 93, 104, 117, 120 ja 142) Myös Nuutila puhuu sosiologisen koulun psykologisen syyllisyyskäsitteksen muuttumisesta normatiiviseen moitittavuuteen perustuvaksi syyllisyyskäsitteeksi, jossa ”*Schuld ist Vorwerfbarkeit*” (Nuutila 1991 s. 150–164). Sillä hetkellä ”normatiivisimmat” syyllisyyskäsitteet Utraiainen 1984 s. 251 ja 268 sijoitti sosialistisiin ja anglosaksisiin maihin. Nuutila puolestaan toteaa tuoreessa funktionaalisessa rikosoikeusajattelussa kyseenalaistetun koko moitittavuuskäsitteen tarpeellisuutta (Nuutila 1991 s. 174). Väitöskirjassaan Nuutila ei lopulta korvaa syyllisyyden käsitettä vastuullisuudella. Syytä on se, ettei Nuutila näe käsitevalinnalla sen suurempaa sisällöllistä merkitystä. ”Olenaisempaa kuin rikosoikeudellisten peruskäsitteiden nimikkeet on niiden taustalla olevan normatiivisen ajattelun tunnistaminen.” (Nuutila 1996 s. 539–540)

on tekijän mielenliikkeiden sijaan kysymys siitä, onko teko objektiivisesti arvioiden kielletty vaiko ei⁸⁴³. Käytännössä tämä näkyy juuri siinä, että subjektiivinen tekijän huolimattomuus jää Nuutilan tutkimuksessa varsin vähäpätöiseen asemaan.

Tekijän huolimattomuus merkitsee Nuutilalle syyllisyysperiaatteen edellyttämää ja objektiivisten sijaan subjektiivisista tekijöistä käsin määräytyvää ja näin siis yksilöivää tuottamusmoitetta. Tämä kiteytyy tekijällä olleeseen mahdollisuuteen toimia toisin. Tämä *toisintoimimismahdollisuus* on saanut Nuutilan mukaan täsmällisen muotoilun niin sanotussa *konformiteettiperiaatteessa*, joka edellyttää tekijältä sekä *kykyä* että *tilaisuutta* valita muunlainen kuin rikoksen perustava toimintamalli.⁸⁴⁴ Erilaiset toisintoimimismahdollisuuksia koskevat tulkintatavat ovat lopulta kuitenkin siinä määrin arvostuksenvaraisia, että konformiteettiperiaatteen muodollisen soveltamisen sijaan Nuutila katsoo hedelmällisemmäksi pohtia pikemminkin sitä, mihin käsityksemme toisintoimimismahdollisuuden vaikutuksesta lopulta perustuu. Kyse on siitä, mitä periaatteella lopulta tavoitellaan. Nuutila toteaa toisintoimimismahdollisuuden hyväksyttävyydestä käytävän keskustelun kiteyttävän koko rikosoikeusjärjestelmän perusteet läpäisevän utilitarististen ja deontologisten ajattelutapojen ristiriidan – joskin Nuutila arvioi mielipide-erojen liittyvän usein ennemminkin käytettyihin käsitteisiin kuin normatiivisiin perusperiaatteisiin.⁸⁴⁵ Nuutila itse asettuu puoltamaan konformiteettiperiaatteen ”pragmaattis-rationaalista” perustelua, jonka mukaisesti periaate turvaa yksilöille valintoihin pohjaavan järjestelmän tuottamat yhteiset edut; voidessaan ennakoita rikosoikeudellisten sääntöjen soveltamista yksilö voi valita tulevatko säännökset häneen sovellettaviksi. Tätä tukee Nuutilan mukaan voimakkaasti moderni perus- ja ihmisoikeusajattelu, joka kiteytyy jo tuolloin HM 1 §:ssä ilmaistuun ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteeseen. Konformiteettiperiaate ja sen edellyttämä subjektiivinen syyllisyys rinnastuvat näin oikeusvaltiolliseen ajatteluun liittyvään perusoikeuteen ja ihmisarvoon, jotka siis rajaavat rikosoikeusjärjestelmän preventiivistä tehokkuutta.⁸⁴⁶

Ottaen huomioon ajatus utilitarististen ja deontologisten ajattelutapojen perustavanlaatuisesta ristiriidasta, on kummallista, ettei Nuutila vaivaudu esityksessään käsittelemään käytännössä lainkaan näistä jälkimmäisiä – lukuun ottamatta alaviitettä, jossa todetaan, ettei rangaistuksen positiivisen perustelun palauttaminen preventiovaikutuksiin ja sitä rajoittaviin kriminalisointiperiaatteisiin

⁸⁴³ Nuutila 1996 s. 26 ja Nuutila 1997a s. 67–68. Rikosoikeudellisen systematiikan (tässä kohdin rikoksen kolmiportaisen rakenneopin) kannalta tämä merkitsee *tunnusmerkistön mukaisuudelle* asetettavien yleisten edellytysten painottamista *oikeudenvastaisuuden* ja *syyllisyyden* kustannuksella. Ja Nuutilalle tämä merkitsee tunnusmerkistön täyttymisen kiinnittämistä nimenomaan huolimattomuuteen (nimenomaisesti Nuutila 1997a s. 68).

⁸⁴⁴ Nuutila 1996 s. 526–532. Konformiteettiperiaatteen filosofisen perustan Nuutila yhdistää Gary Dubiniin ja viittaa sen jatkokehittelyn osalta Nils Jareborgin kielelliseen analyysiin sekä Alf Rossin ja Tapio Lappi-Seppälän kehittämään periaatteen ns. heikkoon muotoiluun, jossa rikosoikeudellinen vastuu voi esim. kohtuusperustein jäädä täyttymättä myös tilanteissa, joissa niin kyky kuin tilaisuuskin toisin toimimiseen sinällään täyttyy. Konformiteettiperiaatteesta ks. esim. Jareborg 1969 s. 355–383, Erenius 1976 s. 103–104 ja Lappi-Seppälä 1987 s. 138–139, 283 ja myös 304–306, jossa konformiteettiperiaatteen taustalla oleva logiikka yhdistetään syyksiluettavuuden eri asteiden jaotteluun. Jareborg kiteyttää asian seuraavasti: ”Konformitetsprincipen har ett enkelt budskap: En person bör inte anses ansvarig för ett brott, om hon inte kunde råtta sig efter lagen.” Avainsanana on tältä osin *kunde*, joka voidaan ymmärtää niin indikatiivisena kuin konjunktiiivisena. (Jareborg 2001 s. 303 ja Jareborg 1992 s. 211) Tuorempana pohdintana ks. Hyttinen 2015 s. 350–385.

⁸⁴⁵ Nuutila 1996 s. 532–536.

⁸⁴⁶ Nuutila 2006 s. 535–539. ”Pragmaattis-rationaalisten” perusteiden osalta Nuutila viittaa Lappi-Seppälän väitöskirjaan todeten jo H. L. A. Hartin tarkoitaneen käytännössä samaa teoksessaan *Punishment and Responsibility* (1968). Kantilaisittain voitaisiin Nuutilan mukaan puolestaan puhua ”yksilöautonomian kunnioittamisesta” ja ”välineellisen käyttämisen kiellostä”. Konformiteettiperiaatteen tiivistä ankuroitumista perusoikeusjärjestelmään (ja nimenomaan nykyiseen PL 1 §:ään) ovat painottaneet myös esim. Tapani 2004 s. 65–66 sekä etenkin Melander 2008a s. 263 ja 290–302, joka liittää periaatteen juuri ihmisarvon loukkaamattomuuteen ja ylipäänsä liberalistiseen ajatukseen vapaudesta keskeisimpänä arvona. Ihmisarvo ei merkitse Melanderille niinkään itsenäistä perusoikeutta, vaan pikemminkin yleisemmän tason valtiosääntöperiaatetta, joka vaikuttaa yksittäisten perusoikeuksien taustalla ja johon liittyvä humanisuusvaatimus on niin ikään syytä ymmärtää yleisenä kriminaalipoliittisena tavoitteenasetteluna (Melander 2008a s. 286–289 ja Melander 2016 s. 23–24).

kuitenkaan ole ”täysin vallitseva kanta”, vaan kirjallisuudessa esitetään ”vieläkin aika ajoin” myös selkeän retributiivisia kannanottoja⁸⁴⁷. Ajatus rikosoikeusjärjestelmän perusteet läpäisevästä filosofis-eettisten maailmankatsomusten ristiriidasta, jota voi kuitenkin käsitellä näistä toisen käytännössä kokonaan sivuuttaen vaikuttaa tietysti käsittämättömältä. Tilanne muuttuu ymmärrettävämmäksi kun palauttaa mieleen Nuutilan lähteneen alun perinkin etsimään konformiteettiperiaatteen *tavoitetta*. Kyse on tismalleen samasta ilmiöstä, johon törmättiin jo edellä rangaistusteorioiden osalta. Kysymyksenasettelun ollessa tällä tavoin funktionaalinen ja utilitaristinen (tai vaikka ”pragmaattis-rationaalinen”) ei ole lainkaan hämmästyttävää, että myös lopputulos on tällainen. Lopulta kaikki palautuu jälleen kerran jo moneen otteeseen painottamaani ajatukseen oikeuden *radikaalista tulkinnanvaraisuudesta*; oikeuden maailma on siinä määrin häilyvä ja potentiaalinen, että lähdetessä etsimään sieltä tiettyjä toivottuja asioita, on niitä tapana myös löytää! Etsittäessä konformiteettiperiaatteelle – tai vaikka rankaisemiselle – *tavoitetta* on mitä luontevinta sivuuttaa deontologiset näkökohdat. Ne kun eivät puolestaan ole kiinnostuneita antamaan juuri tähän kysymykseen edes vastauksia!

Tekijän huolimattomuuden osalta olennaiseksi kysymykseksi nousee tuolloin (ja yhä edelleen) vilkkaan kansainvälisenkin rikosoikeustieteellisen keskustelun kohteena ollut ongelma siitä, missä määrin juuri tietyn tekijän yksilölliset kyvyt tulisi ottaa hänen huolimattomuuttaan arvioitaessa huomioon. Toisin sanoen, missä määrin itse kullekin rikosoikeudellisen moitteen ja vastuun muodossa asetettavat huolellisuusvelvoitteet voidaan yksilöllistää arvioinnin kohteena olevan henkilön mukaan? Ongelmat kiteytyvät yhtäältä tavanomaista kyvykkäämpiin ja toisaalta tavanomaista heikommilla kyvyillä varustettuihin henkilöihin. Nuutila tarkastelee kyseisiä henkilöryhmiä erillään todeten nämä arvosteluperustaltaan yksinkertaisesti erilaisiksi ongelmiksi, joihin ei edes pitäisi yrittää löytää yhteistä ratkaisua huolellisuusvelvoitteen käsitteellisestä määrittelystä. Nuutilan mukaan parhaiten perusteltu ratkaisu on huolellisuusvelvoitteen määrittely *heikkokykäisten osalta yleistävällä ja kyvykkäiden osalta yksilöllistävällä tavalla*. Kyse on yhtäältä ”alaspäin” yleistävästä ja toisaalta ”ylöspäin” yksilöllistävästä tarkastelusta, jossa esimerkiksi huippulahjakkaalta seniorikirurgilta vaaditaan enemmän kuin tämän nuoremmalta ja heikkolahjaiselta kollegalta. Seniorikirurgin on yllettävä leikkauksessa asemansa, tehtäviensä laadun ja laajuuden sekä ammatillisen pätevyytensä edellyttämälle (”ylöspäin yksilöllistetylle”) tasolle. Heikkolahjaiselta noviisiltakin edellytetään kirurgintoimea yleisesti koskevien (”alaspäin yleistettyjen”) huolellisuusstandardien täyttämistä näiden jäädessä kuitenkin siis huippukirurgille asetettua tasoa alemmiksi.⁸⁴⁸

Tärkeimpänä perusteluna ratkaisulleen Nuutila viittaa muiden toimintaan osallistuvien osapuolien vastavuoroisesti perusteltuihin odotuksiin. Huolellisuusvelvoitteet suojaavat ihmisiä ennakoimattomilta vaaroilta.⁸⁴⁹ Edellä mainittujen näkökohtien lisäksi Nuutila katsoo, että konkreettisen *tekijän* ja abstraktien *tekijätyyppien* sijaan

⁸⁴⁷ Nuutila 1996 s. 538 alav. 747. Yksittäisen John Kleinigin reilut kaksikymmentä vuotta vanhan kirjoituksen lisäksi Nuutila viittaa väitöskirjansa aiempaan jaksoon, jossa hän noin sivun mittaisessa ”oikeusjärjestelmän ulkopuolisia luonnonoikeudellisia välttämättömyyksiä” käsitellessään toteaa nämä ”ilmeisen ongelmallisiksi” näkökannoiksi, joihin ei sisälly minkäänlaisia takeita mielivallan välttämiseksi (s. 75–76).

⁸⁴⁸ Nuutila 1996 s. 540–553. Lopulta niin ”alaspäin yleistämisessä” kuin ”ylöspäin yksilöllistämisessä” on tietysti kyse vähinäänkin jonkinlaisesta *yleistämisestä* konkreettiseen tekijään ja tämän toimintaan verrattuna. Viime kädessä kyse on konkreettisen tekijän ja tavalla tai toisella objektivoidun *keskimääräistyyppin* – tai konkreettisen toimintatilanteen ja tavalla tai toisella yleistetyn *toimintapotentiaal*in – välisestä vertailusta. (s. 553, 555–556 ja 559–560). Muutenhan kyse ei olisi mitäksi kelpaavasta huolellisuusvelvoitteesta, vaan yksittäisen tekijän tai toimintatilanteen *kavauksesta*!

⁸⁴⁹ Nuutila 1996 s. 553–554.

olisi parempi vertailla konkreettisia *toimia* ja abstrakteja *toimintamahdollisuuksia* (*toimintapotentialiaalia*). Erilaiset sosiaaliset roolit, joissa ihmiset toimivat on näet Nuutilan mukaan luontevampaa istuttaa osaksi käyttämättömän toimintapotentialin tarkastelua.⁸⁵⁰ Lopuksi Nuutila käsittelee vielä tietoisien ja tiedottoman tuottamuksen välistä erottelua, jonka hän toteaa käytännössä usein varsin tulkinnanvaraiseksi. Vaikka rajanvedolla ei ole lainopillista merkitystä (sikäli, että tuottamukselliset rikokset ovat kummankin osalta rangaistavia), poikkeavat kyseisten tuottamuvastuun muotojen perustelut tietyksi olennaisesti toisistaan. Tiedoton tuottamus vaatii perustelukseen niin sanotun *ryhtymistuottamuksen*, jossa vastuu perustuu toisen toimimisen mahdollisuuteen itse rikosta aikaisemmassa vaiheessa – jo rikokseen johtaneeseen toimintaan ryhtyessä.⁸⁵¹ Nuutila korostaakin tuottamuksen erilaisten muotojen erottelua *laadullisten* sijaan *määrällisin* perustein. Koska välinpitämättömyys tekojen seurauksista voi olla paljon haitallisempaa kuin riskejä koskeva huolelliseen harkintaan perustuva virhearviointi, voi tiedoton tuottamus joissain tilanteissa muodostua jopa tietoisesta tuottamusta *törkeämmäksi*.⁸⁵²

Tutkimus päättyykin (tuolloin valmisteltavana ollut rikoslain yleistä osaa koskeva *de lege ferenda* -tyyppinen ja kursorinen VI-luku huomioimatta) tuottamuksen määrällisiä erityislajeja (eli törkeää ja lievää tuottamusta) koskevaan lyhyeen jaksoon. Törkeän tuottamuksen osalta kyse on pitkälti törkeää tuottamusta syyksiluettavuuden muotona hyödyntävien kriminalisointien esittelystä sekä varsin pinnalliseksi ja myös irralliseksi jäävästä englantilaisen, yhdysvaltalaisen ja saksalaisen (sekä paikoin pohjoismaalaisenkin) syyksiluettavuusopin vertailusta.⁸⁵³ Kotimaisen lainopin osalta Nuutila tyytyy puoltamaan suurimman osan kirjoittajista kannattamaa näkemystä tuottamuksen törkeysarvostelusta *normatiivisena kokonaisarviointina*. Kokonaisarvioinnin osalta Nuutila esittää teon ja tekijän huolimattomuuden varaan rakennetun kompensatiomallin, jossa tuottamuksen törkeys edellyttää niin teon kuin tekijänkin huolimattomuudelta vähintäänkin ”tavanomaisuutta” siten, että niistä vähintään toisen kohotessa riittävässä määrin ”tavanomaista suuremmaksi” voi kokonaisarviointi kallistua törkeän tuottamuksen puolelle. Teon huolimattomuuden astetta määrittäviksi seikoiksi Nuutila esittää vähintäänkin mahdollisen vahinkoseurauksen vakavuuden ja todennäköisyyden, tosiasialliset mahdollisuudet varotoimenpiteisiin sekä toiminnan sosiaalisen hyödyllisyyden. Tekijän huolimattomuuden asteen osalta Nuutila puolestaan mainitsee riskinoton tietoisuuden,

⁸⁵⁰ Nuutila 1996 s. 561–563, 567–568 ja 578.

⁸⁵¹ Nuutila 1996 s. 527–528 ja 563–567. Ryhtymistuottamuksen mukainen tiedottoman tuottamuksen arviointi tapahtuu kahdessa vaiheessa: ensin on kysyttävä, *mitä tekijän olisi pitänyt tehdä, jotta hän olisi mieltänyt* toimintansa riskit (”kontrafaktuaalinen syy-yhteys”). Tämän jälkeen on vielä pohdittava, *olisiko tekijä voinut tai olisiko hänen edes pitänyt ryhtyä niihin toimenpiteisiin*, joita toiminnan riskitekijöiden mieltäminen olisi välttämättä edellyttänyt.

⁸⁵² Nuutila 1996 s. 565 ja 599, erit. alav. 75, jossa asiaa koskevan ”laajan yksimielisyyden” osalta viitataan useisiin pohjoismaisiin kirjoittajiin. Ks. tuoreemmasta pohjoismaalaisesta keskustelusta esim. Anderberg 2015 s. 98–99, joka niin ikään itsekin katsoo myös tiedottoman tuottamuksen voivan olla törkeää ja tuottamuksen törkeysarvostelun perustuvan siis laadullisten sijaan määrällisiin kriteereihin. Ks. myös Asp 2017 erit. s. 595–596, joka niin ikään näyttäisi luopuvan (24 vuotta kannattamastaan ja Nils Jareborgiin yhdistämästään) ajatuksesta, että ns. tietoinen tuottamus olisi kategorisesti tiedotonta moitittavampaa.

⁸⁵³ Ks. jo edellä Johdanto-osan kappaleessa 5.1.2 esittämäni kritiikki Nuutilan suorittamasta oikeusvertailusta, jota nykyisen mittapuun valossa olisi ehkä syytä pitää *vertailun* sijaan enemmänkin *kuvailuna*. Suoranaisiin ongelmiin pinnallinen ”vertailu” ajautuu lievän tuottamuksen kohdalla Nuutilan väittäessä tiedottoman tuottamuksen hyväksymisen syyksiluettavuuden yleiseksi muodoksi laajentavan saksalaisessa ja pohjoismaisissa oikeusjärjestelmissä olennaisesti rangaistusvastuuta verrattuna vaikkapa anglosaksiseen lähtökohtaisesti tietoisista riskeinnotta edellyttävään syyksiluettavuusvaatimukseen (Nuutila 1996 s. 611). Kyseisten oikeusjärjestelmien rikosvastuun alojen vertailu ei tietystikään onnistu taulukoimalla syyksiluettavuuden erilaisia muotoja, vaan edellyttäisi huomattavasti laajempaa kyseisiin rikosoikeusjärjestelmiin tutustumista (mukaan lukien mm. erityisen osan kriminalisoinnit sekä tuomioistuinikäytäntö). Nuutila on itsekin vallan tietoinen siitä, että esim. Englannissa ja Walesissa tietoisuudesta enemmän tai vähemmän riippumaton *strict liability* -vastuu näyttelee olennaista roolia etenkin ”regulatory offences” -tyyppisten rikkomusten kohdalla (s. 621–622). Siitä, riittääkö Nuutilan esittelemä materiaali edes syyksiluettavuuden alaa koskevien vertailevien argumenttien esittämiseen voi olla montaa mieltä. *Rangaistusvastuun* alan osalta on päivän selvää, että Nuutilan argumentit ja lähteet ovat täysin riittämättömiä.

minkä lisäksi syyllisyyttä vähentävinä seikkoina voivat Nuutilan mukaan toimia ainakin affekti, hämmennys, pelko ja hätäntyminen. Lisäksi Nuutila toteaa oikeuskäytännössä tuottamuksen törkeyttä arvioidun usein pistemäisen tekohetken sijaan *laajemmasta aikaperspektiivistä*.⁸⁵⁴

Lievän tuottamuksen osalta Nuutila keskittyy lähinnä esittämään argumentteja kyseisen syyksiluettavuuden muodon dekriminalisoinnin puolesta. Kyseinen argumentaatio jää uskoakseni valitettavasti pitkälti merkityksettömäksi, koska kysymys siitä, mitä lievällä (tai vähäisellä) tuottamuksella oikein tarkoitetaan nostetaan esiin vasta jakson viimeisessä tekstikappaleessa. Nuutila esittää yhdeksi vastausvaihtoehdoksi tuottamuksen lievyyden arvioimista vastaavasti kokonaisarvostelussa kuin törkeyttäkin. Tämän enemmän aihetta ei kuitenkaan kehitellä. Ilmeisesti Nuutila ymmärtää lievällä tai vähäisellä tuottamuksella jotain hyvinkin lievää, koska aiemmin sen dekriminalisoinnin puolesta argumentoidessaan muun muassa toteaa, ettei sellainen ole vältettävissä edes ”normaalisti huolelliselle henkilölle”, vaan kyseinen rikosvastuun muoto kohtaa ”periaatteessa kaikkia”.⁸⁵⁵

3.2.2 Kimmo Nuotio ja Teko, vaara, seuraus (1998)

Nuutilan jo yli 20 vuotta vanha väitöskirja on edelleen ainut nimenomaan rikosoikeudellista tuottamusta koskeva perustavanlaatuinen ja syvälinen kotimainen esitys. Vaikka teoksen kriittinen arviointi käy jo pelkästään ajallisen etäisyyden johdosta tiettyssä mielessä yhä helpommaksi, piilee tällaisessa tilanteessa sama vaiva, joka ylipäänsäkin alati vaanii pienellä volyymilla ja vähäisten henkilötyövuosien varassa suoritettavaa rikoslainopillista keskustelua: perustavanlaatuisia, syvällisiä ja laajoja tutkimuksia luetaan helposti jonkinlaisina kattavina ja tyhjentävinä *kuvauksina* voimassa olevasta oikeudesta, jota todellisuudessa olisi voinut lähestyä lukuisin muinkin tavoin – joista moni olisi vieläpä saattanut olla jopa parempi – mitä paremmuus sitten ikinä lainopin saralla onkaan. Oman tutkimukseni kannalta tilanne on kuitenkin sikäli onnellinen, että Nuutilan ohella myös Kimmo Nuotio on laatinut pitkälti hyvin samoja teemoja koskevan ja vain pari vuotta Nuutilan tutkimusta myöhemmin julkaistun, niin ikään perusteellisen ja syvällisen tutkimuksen, joka kuitenkin on Nuutilan työn kanssa monelta osin myös hyvin erilainen. Kyseiset väitöskirjat tarjoavat mitä herkullisimman parivaljakon tutkittaessa kotimaista tuottamusoppia, joka nähdäkseni yhä edelleen siis lepää ennen kaikkea juuri kyseisten töiden varassa.⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ Nuutila 1996 s. 598–607. Ainoana soraääninä Nuutila nostaa esiin Terttu Utraisen (Träskman–Utraiainen 1994 s. 749), jonka mukaan tuottamuksen törkeysarvostelu teon kokonaisarvion pohjalta tilanteessa, jossa tästä ei nimenomaisesti lausuta tunnusmerkistössä vaarantaa oikeusturvan.

⁸⁵⁵ Nuutila 1996 s. 608–612. Todettakoon, että Saksassa käytiin etenkin 1990-luvulla aktiivista keskustelua lievän (ja myös tiedottoman) tuottamuksen mahdollisesta dekriminalisoinnista, mikä tosin oli nostettu esiin jo vuoden 1966 vaihtoehtoisessa rikoslakiehdotuksessa. Asiaa koskevasta keskustelusta ks. esim. Sauer 2003 s. 136–150, Ciacchi 2005 s. 9 ja Pfefferkorn 2006 s. 176–177. Esim. juuri Aurelia Colombi Ciacchi ja Fabian Pfefferkorn ovat myöhemmin huomauttaneet asiaa koskevan keskustelun jäävän pelkäksi tyhjäänpäiväiseksi etikettien vaihteluksi, ellei ”lievää” tuottamusta kyetä ensin määrittelemään! (Ciacchi 2005 s. 9–10 ja Pfefferkorn 2006 s. 190 ja 210–211). Ruotsalaisesta keskustelusta ks. esim. Anderberg 2015, joka tosin huomauttaa vastaavasti, ettei yleispätevän määritelmän antaminen vaikkapa törkeälle tuottamukselle ole mahdollista, vaan rikosvastuuseen johtavan tuottamuksen raja (*”culpaträskeln”*) jää lopulta aina oikeuskäytännön varaan (s. 94–96 ja 230). Samoin Erenius 1971 s. 82. Vrt. vahingonkorvausoikeuden puolella esim. Hahto 2008 s. 3 ja Dahlman 2000 s. 32, joista molemmat valittelevat sitä, kuinka tuottamuksesta on tapana puhua ilman, että missään vaiheessa määriteltäisiin, mitä sillä itse asiassa ymmärretään.

⁸⁵⁶ Mikäli näkökulmaa laajennetaan syyksiluettavuusoppiin, voidaan Nuutilan ja Nuotion väitöskirjojen ”naapuriksi” mainita Jussi Matikkala tahallisuutta koskeva vuoden 2005 väitöskirja (tutkimusten naapuruudesta puhuu myös Backman 2006 s. 110). Tahallisuuden osalta kotimainen lainopillinen keskustelu on ollut kuitenkin pitkin 2000-luvun huomattavasti elävämpää ja syvällisempää kuin tuottamuksen kohdalla, eikä kotimainen tahallisuusoppi käsittäkseni aivan samassa määrin lepää Matikkalan työn varassa.

Edellä todettiin Nuutilan kuvanneen rikosoikeuden yleisiä oppeja jalkapallopeliksi tai tähtijärjestelmäksi, jossa erilaiset pelaajat tai taivaankappaleet ovat liikkeessä vaikuttaen samalla toinen toisiinsa. Nils Jareborg on kuvannut samaa ilmiötä hieman arkisemmin hanurin avulla. Esimerkiksi niin *toiminnan*, siitä aiheutuneen *seurauksen* kuin sitä ”ympäröivien” *olosuhteidenkin* kaltaiset käsitteet ovat auttamatta mukana suoritettaessa rikosoikeudellisia vastuuarviointoja. Kullekin käsitteelle voidaan antaa hieman erilaisia määritelmiä, jotka puolestaan vaikuttavat siihen, kuinka laajoiksi muiden käsitteiden määritelmät on syytä ymmärtää.⁸⁵⁷ Kyse on konventionaalisten käsitteiden pohjalta luodusta järjestelmästä ja ennen kaikkea siihen ladatusta koherenssin vaatimuksesta. Nuotion väitöskirja muodostaa tavallaan syyksiluettavuusopillisen hanurin toisen pään verrattuna Nuutilan teokseen. Nuotio tutkii rikosoikeudellista kausaalisuutta, jonka pohjalta muodostuvia rikosvastuuseen johtavien toimien kandidaatteja Nuutila puolestaan tuottamusopissaan pyrkii karsimaan. Kyse on siis tavallaan rikosoikeudellisen syyksilukemisprosessin alku ja loppupäistä.⁸⁵⁸ Itse asiassa Nuotion ja Nuutilan tutkimukset ovat lopulta vieläpä hyvin lähellä toisiaan; Nuutila keskittyy nimenomaan syyksiluettavuuden objektiiviseen puoleen (eli ”teon huolimattomuuteen”), Nuotio puolestaan näkee kausaalisuus- ja vaarantamiskysymykset hyvin normatiivisina.⁸⁵⁹

Nuotio asettaa väitöskirjansa tutkimustehtäväksi ”selvittää rikosvastuun syyksilukemisen rakenteiden ja kausaalisuuden sekä vaaran käsitteiden asemaa ja merkitystä niissä” ja pyrkimyksekseen esittää, miten vaarantamisrikokset voidaan integroida osaksi modernia rikosoikeutta ilman, että niitä pidettäisiin vain satunnaisina poikkeuksina traditionaalisemmasta rikosvastuusta tai olennaisesti tingittäisiin oikeusturvavaatimuksista. Tavoitteena on toisin sanoen saattaa uudentyyppinen vaarantamisrikosoikeus osaksi modernia rikosoikeutta kehittämällä systematisoinnin ja tulkinnan avulla lainoppia.⁸⁶⁰ Tutkimuksen taustalla on Nuotion havainto siitä, kuinka vielä 1900-luvun alussa pinnalla olleet kausaalisuuskysymykset näyttivät 1900-luvun lopulle tultaessa kadonneen rikosoikeudellisesta keskustelusta.

⁸⁵⁷ Jareborg 2001 s. 129. Ks. myös jo edellä kappaleessa 2.2.2.1 mainittu Jareborgin metafora hämähäkinseitistä sekä Claes Lernerstedtin tarina kiinalaisen ravintolan perustamispaketista.

⁸⁵⁸ Ks. esim. Nuutilan määrittämät ”seurauksesta vastaamisen edellytykset” eli 1) syy-yhteys, 2) objektiivinen ennakoitavuus, 3) kielletty riskinotto, 4) kielletyn riskinoton relevanssi ja 5) tunnusmerkistön ulottuvuus (Nuutila 1996 s. 276–279 ja 417), joita Nuotion kiinnostuksen kohteena oleva kausaalisuus siis liittyy alkupäähän (1), ja Nuutilan oman tutkimuksen painopiste on loppupäässä (3–5).

⁸⁵⁹ Nuotio toteaa tutkimuksensa askartelevan osittain samantyyppisten ongelmien äärellä kuin Nuutila väitöskirjassaan. Siinä missä Nuutila erottelee analyttisesti teon huolimattomuudesta erilaisia asetelmia tarkastellen kausaalisuutta vain jonkinlaisena normatiivisten vastuukysymysten esivaiheena, asettaa Nuotio omassa työssään kyseiset kausaalisuus- ja vaarantamiskysymykset osaksi näiden normatiivisten kysymysten ratkaisua. Ylipäätyäänkin Nuotio toteaa Nuutilan tutkimusintressien sivunneen usein omiaan ja väitöskirjassa näkyvänkin jälkiä myös heidän yhteisistä keskusteluistaan. (Nuotio 1998 s. viii ja 15) Ks. myös s. 376–379, jossa Nuotio toteaa inhimillistä toimintaa koskevat kausaalisuus- ja vaarantamiskäsitykset aina vähintään jossain määrin käytännöllisiksi ja kyseisen käsitteiden praktisen tulkinnan tuovan esim. vaaran läheiseen yhteyteen tuottamusopin kanssa. Erityisesti tuottamuksen ulkoinen puoli, menettelyn ulkoista huolellisuutta koskeva normatiivinen arviointi, on juuri se laajempi yhteys, johon vaarantamisen arviointi asettuu. Toisaalta vaara-arviointienkin joustavuus voi tarkoittaa, että nämä näkökohdat voidaan sisällyttää vaarantamisoppiin. Näin tuottamus ja kielletty vaarantaminen tarkoittavat osin samaa. Nuutila puolestaan rajaa vaarantamista koskevat kysymykset pääsääntöisesti oman aiheensa ulkopuolelle ja toivottaa Nuotiolle menestystä oman väitöskirjansa viimeistelyssä kiittäen niin ikään tätä Freiburgissa käydyistä keskusteluista (Nuutila 1996 s. v ja 8). Syy-yhteystarkastelujen sijoittumisesta Nuutilan teoksessa normatiivisen syyksilukemisopin marginaaliin huomauttaa myös Nuotio 1998 s. 274. Ks. vielä Frände 1998 s. 681, joka Nuotion vastaväittäjänä toteaa väitöskirjassa olevan lopulta kyse objektiivisesta syyksilukemisesta. Tulkinnastaan Frände jää kuitenkin hieman epävarmaksi, koska Nuotio ei määritä lopulta työssään sen tarkemmin kausaalisuuden ja syyksilukemisen suhdetta. Frände epäilee tämän epäselvyyden johtuvan työn diskursiivisesta luonteesta. Lisäksi Frände huomauttaa Nuotion katsovan tuottamuksen ja kielletyn vaarantamisen tarkoittavan osin samaa (s. 682). Voin itse yhtyä näihin Fränden huomioihin.

⁸⁶⁰ Nuotio 1998 s. 10–11, 15 ja 500. Varsin ylimalkaista tiedonintressiä kuvaa hyvin myös sivulla 119 esitetty pyrkimys ”selvittää vaarantamiseen liitettyyn rikosvastuuseen yhteydessä olevia kysymyksiä” sekä sivulla 274 esitetty pyrkimys siihen, että ”tietty rikosvastuun yleiset rakenteet saisivat selvennystä siitä, että erilaisten kriminalisointiteknikoiden havaitaan ilmentävän erilaisia syyksilukemisen rakenteita”. Kuten vastaväittäjä Frände 1998 s. 676 huomauttaa, joutuu Nuotio tämän tästä palaamaan tutkimuksensa kohteeseen, mikä ei työtä lukiessa siltikään näytä täysin selvältä. Frände puhuukin tältä osin orientointiongelmasta, jota itseään selkeämmin ilmaisemisella olisi voinut välttää.

Asiaa koskeva keskustelu oli tänä aikana kääntynyt yhtäältä normatiivisten syyksiluettavuusoppien kehittelyyn ja toisaalta rikosvastuun perustamiseen vahinkoseurauksen aikaansaamisen sijasta syntyneeseen vahingonvaaraan. Juuri *vaara* edustaa Nuotiolle sitä normatiivista periaatetta, joka modernissa elämässä toimii teon ja sen mahdollisten seurausten välittäjänä. Vaaran ”tydyttävä ymmärtäminen” edellyttää kuitenkin kausaalisuutta koskevan arvostelman luonteen selvittämistä. Kyse on myös näkökulmaeroista: kausaalisuus liittyy jälkikäteiseen *ex post* arvioon siitä, mitä on tapahtunut ja miten konkreettisen seurauksen synty on selitettävissä ja ymmärrettävissä. Vaarallisuus määrittyy sen sijaan olennaisesti tekohetken *ex ante* näkökulmasta tekijän itsensä tai hänen sijaansa ajatellun ”standardihenkilön” kannalta. Kyse on mahdollisuuksista ja riskeistä.⁸⁶¹

Nuotio lähtee liikkeelle rikosoikeuden kehityksessä viime aikoina näkyväksi käyneestä piirteestä, jossa tavoiterationaaliset intressit haastavat klassisia rikosoikeusideologisia oletuksia velvoittamalla rikosoikeuden tuottamaan preventiohyötyjä – reaalista suojaa oikeushyville. Kansalaisten vapauksien yhteensovittamisen sijaan rikosoikeuden vaaditaan myös aikaansaavan tavoiteltuja vaikutuksia yhteiskunnassa. Samalla rikosoikeudellisen rankaisemisen tarvetta ja intressiä selitetään rikosten vaikutuksiin viittaamalla, mikä sitoo monet rikosoikeuden peruskäsitteet todellisuutta koskevaan faktatietoon. Erityisen selvästi tämä näkyy Nuotio mukana rikoksen niin sanotun objektiivisen puolen käsitteissä. Tämä aiheuttaa rikosoikeuteen uudentyyppisen jännitteen, jossa rikosoikeuden yhtäältä modernin yhteiskunnan oikeudenalana tulisi ilmentää mielekästä reagoitintapaa sosiaaliin tarpeisiin ja ongelmiin, mutta toisaalta erityisen läheisten eettisten ja moraalisten kytköstensä johdosta tulisi pidättyä pelkkänä mekaanisena sosiaali-insinöörinä toimimisesta.⁸⁶² Lopulta jännite palautuu vanhaan muodollisen ja sisällöllisen oikeudenmukaisuuden väliseen probleemaan, jonka osalta Nuotio puhuu oikeuden sääntelyiden samanaikaisesti edellyttämästä formaalisuudesta ja materiaalisuudesta; kriminaalipoliittiset rikosoikeudelle asetetut rationaalisuusvaatimukset merkitsevät rikosoikeuden materiaalustumista, mutta ennalta asetettujen sääntöjen yleisyys ja yksilön perusoikeudet rajoittavat rikosoikeuden käyttöä yhteiskunnan kannalta rationaalisena sosiaalisten ongelmien hallinnoinnin välineenä.⁸⁶³

Nuutilan tavoin myös Nuotio jäsentää edellä mainittua jännitettä Jürgen Habermasin ”*proseduraalisen oikeusparadigman*” kautta; oikeustieteellinen tutkimus on Nuotiolle taistelulukenttä, jossa yhtäältä oikeusvaltiollinen liberalistinen ja oikeuden käsitteellismaailma rationaalisuutta painottava paradigma sekä toisaalta hyvinvointivaltiollinen

⁸⁶¹ Nuotio 1998 s. 1–2. ”Kausaalisuutta koskeva tieto on siis avain vaarakäsitteistön ymmärtämiseen.” (s. 365) Ks. samoin esim. Frände 1994b s. 32 katsoo vaarantamisen käsitteen riippuvan perustavalla tavalla siitä, miten kausaalisuus ymmärretään. Nuotio toteaa juuri *vaarantamisen* siksi sivupolusta alkaneeksi teemaksi, joka lopulta vei mukanaan (Nuotio 1998 s. vii). Nuotiolle teoksen otsikon mukaiset *teko* (eli käyttäytyminen), *vaara* ja *seuraus* merkitsevät keskeisimpiä syyksilukemisen kohteita, joiden sisältöjä rikosoikeuden normisto määrittää (s. 134).

⁸⁶² Nuotio katsoo rikosoikeuden ainakin perinteisesti ehkä kaikkein suorimmin filosofiaan yhteydessä olleeksi oikeudenalaksi, joka yhä voimistuvista lakipositivistisista oikeusteoreettisista lähtökohdistaan huolimatta ei yksinkertaisesti kykene operoimaan pelkästään positiivisoikeudellisen materiaalin varassa, vaan joutuu tukeutumaan niin erilaisiin teorioihin, periaatteisiin, kriminaalipoliittisiin tavoitteisiin, tieteenfilosofiaan kuin oikeus- ja moraalifilosofiaankin. Nuotio arvioi mukaan modernissa rikosoikeudessa on huomattavissa pyrkimyksiä integroida kriminologista ja kriminaalipoliittista tutkimustietoa rikosoikeuden yleisiin oppeihin vahvemmin kuin aiemmin lähinnä filosofisten virtausten hallitessa keskustelua. (Nuotio 1998 s. 24–26 ja 55–56) Kaikesta huolimatta rikosvastuulla toteutetaan eräässä mielessä väistämättä myös tietynlaista vastuun etiikkaa. Esim. vaarantamisarvioinnit riippuvat taustalleen omaksutusta teonfilosofiasta sekä vaikkapa asennoitumis- tai toimintaetettisistä painotuksista. (s. 499)

⁸⁶³ Nuotio 1998 s. 7–9 ja 521. Nuotio puhuu rikosoikeuden normistoa värittävästä jännitteestä yksilön perusoikeuksien ja rikosoikeuden normien suojelutavoitteiden välillä (s. 36). Nuotio puhuu myös konkreettisen ja normatiivisen välisestä jännitteestä yhtenä keskeisistä oikeudellisissa käsitteistöissä ylipäänsä toistuvista jännitteistä (s. 46).

ja oikeuspoliittisia tavoitteita sekä pragmaattis-utilitaristista rationaalisuutta korostava paradigma ovat ratkeamattomassa keskinäisessä jännitteessä. Nuutilan tavoin myös Nuotio etsii tilanteeseen jonkinlaista ”reilua” kompromissia, jossa ”turvallisuuksa säännöksiin ja vaarantamiskriminalisoinnein takaava hyvinvointivaltio käsitteellistettäisiin oikeusvaltiona” – oikeudelliset arvo- ja tavoiteperiaatteet yhteensovitettaisiin siten, että yksilön vapaudesta tingittäisiin oikein perustein ja sopivassa suhteessa yhteisen hyvinvoinnin sitä vaatiessa.⁸⁶⁴ Nuotio puhuu edelleen Nuutilan kanssa yhtenevästi *ongelmakeskeisyydestä* ja *argumentatiivisuudesta* työssä omaksuttuna rikoslainopin ihanteena erotuksena tiukasta systemaattisuudesta ja deduktiivisesta päättelystä katsoen metodiratkaisuaan voitavan luonnehtia haluttaessa ”objektiiviseksi teleologiaksi”.⁸⁶⁵

Tällaisen kompromissin tavoittelemisen keinot poikkeavat Nuotion tutkimuksessa kuitenkin perustavanlaatuisesti siitä, miten Nuutila etsii omaa synteesiään. Nuutila perustaa oman tutkimuksensa perus- ja ihmisoikeuksien, kriminalisointiperiaatteiden sekä teleologian varaan rakentuvan funktionaalisen rikoslainopin itsevarmaan ohjelmanjulistukseen, jossa ”vallitsevien” kantojen selostamisen sijaan lähdeaineistoksi valikoidaan nimenomaisesti esityksiä, joiden Nuutila (omien tutkimuksellisten teesiensä varassa) katsoo merkitsevän tärkeitä keskustelunavauksia ja sisällöllisiä argumentteja.⁸⁶⁶ Nuutila rakentaa tuottamusoppia, joka huipentuu mitä hienojakoisimpiin tyyppitapauserittelyihin. Tällaisen koherentin järjestelmän rakentaminen uskoakseni yksinkertaisesti vaatii mutkien vetämistä monilta osin suoriksi. *Erilaisten* – ja siis ennen kaikkea Nuutilan omista teeseistä ja näkemyksistä poikkeavien – kantojen selostamiselle saati pohtimiselle ei jää Nuutilan väitöskirjassa juuri tilaa. Tällainen olisi merkinnyt jo nyt pitkän kirjan laajenemista entisestään sekä myös epäkoherenssin tunkeutumista johdonmukaisena esitettyyn järjestelmään. Nuotion väitöskirja muodostaa tältä osin liki täydellisen vastakohdan Nuutilan tutkimukselle. Teesiä julistamisen sijaan Nuotio toteaa, ettei hänen tarkoituksenaan ole ratkaista lopullisesti kiistaa siitä, miten moderni rikosoikeus olisi jäsennettävissä ja oikeutettavissa, vaan ainoastaan tarkastella erilaisia käsityksiä suhteessa toisiinsa. Kyse on *diskursiivisesta* lähestymistavasta, jonka kautta ei synny niinkään vaarantamisrikoksia koskevaa oppirakennelmaa, vaan jolla sen sijaan hankitaan ”perspektiiviä siihen tehtävään, mitä on rikosoikeuden tutkiminen ja esittäminen tänään”.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ Nuotio 1998 s. 11, 53–55, 93–94 ja 500–501.

⁸⁶⁵ Nuotio 1998 s. 15–16 ja 59. Lisäksi Nuotio painottaa korostavansa työssään teleologisen laintulkinnan merkitystä, jolla katsoo olevan kyky yhdistää arvo- ja tavoitenäkökohtia. Nuotion mukaan laintulkintaa voidaan ohjata edellyttämällä lainsoveltajalta sellaista teleologista laintulkintaa, jossa niin preventiiviset kuin myös oikeusturvaa palvelevat näkökohdat tulevat huomioiduiksi. (s. 415, 537 ja 547–548) Nuutilan tavoin Nuotio katsoo monien yleisten oppien ”rakenteiden” sääntelevän vain argumentaation puitteita siten, että harkinnan lopputulos jää avoimeksi (s. 538).

⁸⁶⁶ Nuutila 1996 s. 16–17.

⁸⁶⁷ Nuotio 1998 s. 11–12. Nuotio toteaa, ettei työ ole ”kovin vahvassa mielessä” konstruktiiivinen yritys rakentaa yleispätevää rikosoikeusideologista mallia, joskaan ei myöskään dekonstruktiiivinen yritys osoittaa kaikkien systeemioletusten mielivaltaisuus ja mahdollisuus. Työn konstruktiiivisuuden Nuotio liittää pyrkimykseen osoittaa rikosoikeuden yleisten oppien tulkintojen muotoutuminen erilaisten ristipaineiden seurauksena. (s. 4 ja 9) Siinä missä Nuutila valikoi noteeraamansa argumentaation huolellisesti, loistaa lähteidenkäyttöä ohjaava selkeä logiikka Nuotion työssä poissaolollaan. (Näin työtä lukee myös vastaväittäjä Frände 1998 s. 677) Kyse ei ole yhtenäisen järjestelmän rakentamisesta, vaan pluralistisesta diskurssista. Frände 1998 s. 677–678 löytää Nuotion työssään nimeäminä menetelminä ”diskursiivisen”, ”kriittis-konstruktiiivisen”, ”ahistoriallisen” ja ”objektiivis-teleologisen” metodin. Frände katsoo monen seikan viittaavan siihen, että Nuotio näkee nämä kaikki rinnakkain käytettävänä. Frände pitää ”jokseenkin selvänä”, että nimenomaa diskursiivinen vastakohtaisasetelmien varaan rakentuva metodi hallitsee esitystä. (Frände puhuu myös ”vastakohtastrategiasta” (s. 683).) Tämä näkyy siinä, että argumentaation ”koossa pitäminen” on vaikeaa. Frände katsoo Nuotion antavan argumentaation virrata ajoittain tarpeettoman vapaasti ja olisikin kaivannut Nuotion itsensä rationaalisimpina pitämien näkemysten selvempää esiin tuomista. (s. 682) Frände jää Nuotion työn osalta turhaan odottamaan ”edes jonkinlaista lopputuloksiin johtavaa analyysiä” (s. 683). Lopulta Frände näyttäisi myös ymmärtävän, miksi lukija helposti tuntee itsensä pettyneeksi työn lopputuloksiin; ”näin vaikeisiin ongelmakokonaisuuksiin ei ehkä olekaan annettavissa selkeitä vastauksia” (s. 684)!

Nuotio tarkastelee erilaisia käsityksiä suhteessa toisiinsa ilman, että useinkaan edes yrittäisi julistaa voittajia – saati, että lähtisi (Nuutilan tavoin) lukijalle alun perinkin esittämään vain sellaisiksi katsomiaan argumentteja. Nuutilan tavoin myös Nuotio näkee monet lainsoveltamistilanteet argumentatiivisesti avoimina. Erilaisten ratkaisujen puolesta voidaan esittää argumentteja suuntaan jos toiseen vasta oikeuskäytännön kertoessa lopulta, mikä normatiivisen harkinnan lopputulos on ollut. Nuutilasta poiketen Nuotio ulottaa tämän argumentatiivisen avoimuuden myös yleisemmän tason systematisointeihin ja edelleen aivan perustavanlaatuisiin rikosoikeusteoreettisiin kysymyksiin. Esimerkiksi rikosoikeusjärjestelmän justifikaatio-ongelmat jäävät riippumaan siitä, miten justifikaatiota koskevat kysymykset alun perin asetetaan ja esitetään. Koska jo erilaiset filosofiset lähtökohdat tarjoavat siinä määrin lukuisia näkökulmia rikosoikeuden kohteeseen eli inhimilliseen toimintaan, on Nuotio mielestä turha edes pyrkiä kanonisoimaan tiettyjä lähtökohtia teoreettisessa mielessä välttämättömiksi. Vaikkapa rikosoikeudelle usein fundamentaaleiksi koettujen justifikaatioehtojen työstäminen jonkinlaiseen ”lopulliseen muotoon” ei onnistu siksi, että vastaukset jäävät auttamatta vain relatiivisesti päteviksi. Esimerkiksi rikosoikeuden yleisten oppien järjestelmä on mahdollista ”rekonstruoida” rikoslainopin keinoin hyvin monin eri tavoin, minkä voi todeta tarkastelemalla vaikkapa eri aikoina eri maissa laadittuja, mutta suhteellisen samantyyppisiin lainsäädännöksiin perutuvia asiaa koskevia yleisesityksiä.⁸⁶⁸ Nykyisin tämän toteamiseen riittää jo edellä mainituin tavoin Fränden, Melanderin sekä Tapanin, Tolvasen ja Hyttisen yleisten oppien esityksiin tutustuminen.

Olennaista on se, ettei edellä mainittu argumentatiivisuus, diskursiivisuus ja ylipäänsä pluralismi johda Nuotio mukaan peruuttamattomaan oikeudellisen ratkaisun indeterminanssiin. Sen sijaan Nuotio näkee tämän etuna, joka mahdollistaa oikeuden soveltamisen inhimillisen mittapuun mukaan sekä *oikeudelliselle lainsoveltamiselle* tyypillisen objektiivisuuden – joka toki jää asteeltaan heikommaksi kuin vaikkapa luonnontieteen väitelauseiden totuus.⁸⁶⁹ ”Rationaalisen rikosoikeuden” sijaan Nuotio nostaa väitöskirjassaan esiin erilaisia rikosoikeudellisia rationaalisuuksia puhuen muun muassa *kriminaalipoliittisesta* ja *pragmaattisesta* rationaliteetistä, *filosofisesta* rationaalisesta tiedosta sekä *tavoite-, normi- ja ekspressiivisestä* rationaalisuudesta⁸⁷⁰. Lisäksi Nuotio nostaa (kuin ohimennen) esiin myös ajatuksen oikeudessa mukana kulkevista ”tasoista”, jotka eivät ole tieteellisesti kokonaan rationalistettavissa ilman, että samalla hävitetään tulkinnallinen, inhimillinen komponentti. Oikeudessa on *jotakin*, joka ei ole käsitettävissä argumentaation ja rekonstruktion keinoin, vaan joka edeltää sitä.⁸⁷¹ Nuotio muistuttaa myös rikosoikeudelliseen ajatteluun sisältyvän ideologisia lähtökohtia, jotka eivät sinällään ole minkäänlaisia tieteellisiä totuuksia, vaan paremminkin niin vapautta ja yhdenvertaisuutta kuin kriminaalipolitiikkaa ja rationaalisuuttakin koskevia jaettuja uskomuksia. Erilaisten perus- ja

⁸⁶⁸ Nuotio 1998 s. 15–16, 18 ja 29. Esim. eri oikeudenalojen systematisointimallien rakennusaineet ovat Nuotio mukaan lopulta suhteellisen väljästi valittavissa siten, että yleisten oppien tutkimuksen traditiossa kulkee mukana varsin erilaisia oikeusideologisia elementtejä muodostavia rakennuspuita, joita käyttämällä oikeudenalojen normistoa voidaan systemaattisesti selittää ja esittää. Sillä, miten ja millaisia elementtejä oikeudenalan tutkimuksen traditiosta esille nostetaan on tältä osin tietyt olennainen merkitys, mikä lisää kulloisenkin mallin laatijan oman panoksen merkitystä. (s. 89–90)

⁸⁶⁹ Nuotio 1998 s. 15–16. Juuri argumentatiivinen avoimuus jättää lainsoveltamisessa tilaa esim. perusoikeuksien huomioinnille (s. 59).

⁸⁷⁰ Nuotio 1998 s. 18, 86, 386–391. Kyse on eräänlaisista ontologisista oletuksista tai ulottuvuuksista, joiden valossa erilaisia toimia *ymmärretään*. Esim. ylinopeudella hurjastelu voi käydä ymmärrettäväksi niin ajoissa kokoukseen ehtimisenä (teleologinen, strateginen seurauksen aikaansaamiseen pyrkiminen tai toisaalta normikonformi sosiaalisen ajoissa olemisen vaatimuksen noudattaminen) tai sankarillis-kapinallisena itseilmaisuna (dramaturginen toiminta).

⁸⁷¹ Nuotio 1998 s. 209–210.

ihmisoikeusnormien kautta kyseiset uskomukset ovat tulleet jossain määrin myös osaksi suoranaista oikeusjärjestelmäämme.⁸⁷²

Nuotion diskursiivinen menetelmä ilmenee mielestäni selkeimmin siinä, kuinka hän käsittelee vaikeita rikosoikeudellisia teemoja ennen kaikkea *keskusteluttamalla vastakkaisia teorialleja keskenään*. Esimerkiksi niin Nuotion kuin Nuutilankin tutkimusten kannalta keskeistä rikosoikeuden yleisten oppien asemaa Nuotio lähestyy peilaamalla saksalaisen kriminaalipoliittisesti suuntautuneen funktionaalisen ajattelun johtohahmon Claus Roxinin hyvinvointiliberalismia tätä kritisoivan Wolfgang Naucken kansalaisvapauksien suojaa ja rikosoikeuden rajojen selkeyttä painottaviin ajatuksiin.⁸⁷³ Rikosoikeuden justifikaatiokysymyksen osalta Nuotio peluuttaa vastakkain puolestaan Tapio Lappi-Seppälän ”pragmaattis-rationalismia” ja abolitionistien (ennen kaikkea Ari Hirvosen) rikosoikeutta ylipäänsä koskevaa kritiikkiä.⁸⁷⁴ Tällaisten eräänlaisten ääripäiden kautta Nuotio etsii ”sopivaa kontrastia” omien käsitystensä luonnostelulle⁸⁷⁵, jotka usein merkitsevät jonkinlaisia kompromisseja. Esimerkiksi edellisten vastinparien osalta Nuotio päättyy toteamaan niin klassisen oikeusvaltiollisen näkemyksen (Naucke) ja kriminaalipoliittisesti orientoituneen funktionalismin (Roxin) kuin utilitaristisen pragmaattirationaalisuuden (Lappi-Seppälä) ja abolitionismin (Hirvonen) epätyydyttäväiksi. Nuotion oma vastaus on ”*kriittisen rikosoikeudellisen positivismin*” mukainen oikeuden monitasoisuus, jossa oikeuden tasorakenteiden kautta kombinoidaan rikosoikeuteen liittyviä niin arvo- kuin tavoite-elementtejäkin. Tämä puolestaan edellyttää niin yleisten oikeusperiaatteiden, oikeuskäsitteiden, laintulkintaoppien, kriminaalipoliittisten tavoitteenasetteluiden kuin valtiosäännön tasoisten normienkin suhteiden selvittämistä. Esimerkiksi oikeushyvien suojelun varaan rakentuva rangaistusteoria ei selvästikään ole osa voimassaolevaa rikosoikeutta sikäli, ettei asiasta löydy yhtäkään nimenomaista säännöstä. Rikosoikeuden utilitaristinen ja pragmaattis-rationaalinen justifiointi on Nuotion mukaan alituudessa vaarassa muodostua vallitsevan järjestelmän apologiaksi, jossa positiivista oikeutta puolustetaan positiiviseen oikeuteen jo itsessään kuuluvien tavoiterationaalisten näkökantojen johdosta. Nuotio itse painottaa tällaisen ”legitimaatiofunktion” ohella ”kritiikkifunktiota” siten, että rankaisemisen käytäntöjen rationaalisuuden riittäuttamisen on oltava omaksuttujen rationaalisuusehtojen varassa mahdollista. Esimerkiksi syyllisyysperiaate kuuluu sellaiselle syyksilukemisen tasolle, jonka perustelu suppeassa mielessä pragmaattis-rationaalisesti on ongelmallista. Kriminaalipoliittisesti suuntautuneen ajattelun suurimpia ongelmia on Nuotion mukaan se, että oikeutta systematisoidaan ja tulkitaan rationaalisuusoletusten varassa, mikä sitoo lopulta niin tuomioistuntien kuin lainsäätäjänkin kädet paitsi kriminologiseen tietoon myös kriminaalipoliittiseen ideologiaan.⁸⁷⁶

⁸⁷² Nuotio 1998 s. 27–28.

⁸⁷³ Nuotio 1998 s. 60–93. Saksalaiseen funktionalismiin ja sitä vastaan esitettyihin kritiikkeihin palataan vielä Roxinin ja Naucken ajatuksia laajemmin sivuilla 119–128.

⁸⁷⁴ Nuotio 1998 s. 501–540.

⁸⁷⁵ Nuotio 1998 s. 502.

⁸⁷⁶ Nuotio 1998 s. 95–99, 504–505, 518–519 ja 546. Kyse on pluralistisesta ajatuksesta siitä, ettei rikosoikeutta *ylipäänsä* tulisi sitoa joihinkin yleispäteviin rationaalisuusehtoihin. Esim. rikosoikeusjärjestelmän sitominen yleispreventiiviseen oikeushyvien suojeluun jää yksipuoliseksi rikosoikeusjärjestelmän *yleisperustelun* tasolla, mutta on huomattavasti perustellumpi nimenomaan vain rajatun *käyttötymisnormin asettamisen* perustelujen osalta (s. 511–513 ja 517). Vrt. tältä osin tavallaan päinvastaisena vaara-tutkimuksena Laasanen 2004, joka nimenomaisesti pyrkii systematisoimaan erilaiset rikosvastuun määrittelyssä hyödynnetyt vaarakäsitteet yhtenäisen teorian varaan. Tämä merkitsee paitsi Nuotion pluralismin myös Nuutilan tyyppitapaussajattelun sivuuttamista. Laasaselle ”pelkkä” tyyppitapaussajattelu merkitsisi ongelman edessä luovuttamista. (s. 377) Tarkemmin ottaen Laasanen pyrkii ymmärtämään abstraktin vaaran juuri hyvinvointivaltioilaisesta näkökulmasta (s. 328 ja 331), joskin korostaa (hänkin Habermasiin vedoten) hyvinvointivaltioilisen mallin elävän rinnakkain oikeusvaltiollisen liberaalin

Lopulta Nuotio on siis huolestunut rikosoikeuden sisäisestä kritiikin mahdollisuudesta. Keino tällaiseen kritiikkiin löytyy Kaarlo Tuorin (Habermasin ajattelun pohjalta) kehittelemästä *kriittisestä positivismista* ja sen oikeuden monitasoisuutta koskevasta teoriasta, jossa niin ”syvärakenteen” arvo- kuin tavoiteelementtejäkin kytetään kombinoimaan liikuttaessa oikeuden erilaisilla tasoilla. Esimerkiksi kriminaalipoliittisen funktionalismin perusongelma olisi Nuotion mukaan ratkaistavissa ymmärtämällä kriminaalipoliittikka hyvin laajasti ja siis muutakin kuin vain preventioteoriat sisältäväksi. Kriminalisointiratkaisut tulisi suhteuttaa muuhun osaan oikeusjärjestystä. Juuri kriittisen positivismin teoriassa tämänkaltaisen oikeudellisen argumentaation monitasoisuus saadaan Nuotion mukaan esitetyksi. Lainopin teoriassa kriittisyys ja niin preventiota kuin oikeusturvaakin palvelevia näkökohtia huomioiva teleologia edellyttävät välttämättä monitasoisuutta. Lopulta Nuotion väitöskirja on ymmärrettävissä edellä mainittujen modernin rikosoikeuden justifiointiin liittyvien hyvin yleisten teemojen konkretisoinniksi vaarantamisrikoksiin liittyvien tulkinnallisten kysymysten osalta. Näin formaalisuuden ja materiaalisuuden suhde ei jää pelkäksi vastakohtapariksi, vaan kyse on painotuksista, jotka voidaan eri tilanteissa ratkaista eri tavoin.⁸⁷⁷

Aivan kuten Nuutilankin teoksen kohdalla, ei edellinen käsittelyni tee Nuotion kyseiselle mitä vaikeimpaan teemaan annetulle vastausyritykselle oikeutta. Jos haluaa ymmärtää Nuotion ajattelua ei auta kuin lukea teos itse – ja taas; tarvittaessa useampaan kertaan.

3.2.3 Yhteenveto

Olen edellä todennut Nuutilan ja Nuotion väitöskirjojen havainnollistavan hienosti teoreettisen ja käytännöllisen lainopin eroja. Näin onkin, mikäli sattuu hyväksymään alussa esittämäni lainopillista tutkimusta koskevat teesit, jotka painottavat oikeuden ”radikaalia tulkinnanvaraisuutta” ja tästä johtuvaa eklektiivistä mitä erilaisimpien näkökantojen huomioimisen tarvetta – *pluralismia*. Nuutilan väitöskirja ei ole järin eklektinen tai pluralistinen. Sen lähdeaineisto on sinällään määrällisesti varsin laaja, mutta asiasisällöllisesti sen sijaan suhteellisen yksipuolinen. Erityisesti tämä korostuu huomioitaessa, minkälaisia painotuksia erilaiset ajatukset ja ajattelijat Nuutila työssä saavat osakseen. Nuutila rakentaa teoriansa lopulta ensisijaisesti muutaman vuosikymmenen sisällä ennen kaikkea Saksassa ja niin sanotun funktionalistisen rikosoikeusajattelun piirissä esitetyjen näkemysten varaan – korostaen näiden jatkuvasti edustavan ”modernin rikoslainopin painotuksia”, ”uudempia käsityksiä” ynnä muuta vastaavaa. Tutkimuksen johtotähtenä on nähdäkseni käytännön ratkaisutilanteita palvelevia argumentteja tuottavan tuottamusopin rakentaminen – ei keskusteleminen asiasta eri mieltä olevien kanssa. Kriittiset äänenpainot eivät nouse Nuutilan työssä juuri esiin. Tämä pätee niin rikosoikeutta ylipäätään kritisoiiviin abolitionisteihin kuin spesifimmin funktionaalista rikosoikeusajattelua tai

mallin kanssa – siten, että nämä paitsi edellyttävät toisiaan myös tavoittelevat lopulta samoja päämääriä (eli yksilöiden suojaamista oikeudenloukkauksilta), joskin eri tavoin (s. 327–330). Valitettavasti Laasanen ei vaikuta lukeneen (tai ymmärtäneen) Nuotion asiaa koskevaa jaksoa loppuun asti. Laasanen antaa nimittäin ymmärtää Nuotio poikkeavan omasta (ja Habermasin) ajatuksestaan siinä, että rakentaa väitöskirjansa oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion erottelulle Laasanen (ja Habermasin) painottaessa sen sijaan niiden rinnakkaiseloja. Juuri Habermasin oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion paradigmoja relatiivoiva ”*proseduraalinen oikeusparadigma*” on kuitenkin se, mihin Nuotiokin nimenomaisesti päätyy (Nuotio 1998 s. 95–98). Olennaista on tältä osin tietysti se, mitä kukakin ”erottelulla” tai ”rinnakkaiselolla” tarkoittaa. Eikä Laasanen huomattavasti edellisiä lyhykäisempi ja pinnallisempi tutkimus ainakaan kirjoittajansa käsityksiä tältä osin mielestäni juuri avaa.

⁸⁷⁷ Nuotio 1998 s. 95–99, 537–538 ja 547–548.

objektiivista syyksilukemisoppia kritisoiviin äänenpainoihin, joita (vaikkapa Nuotion väitöskirjan osoittamalla tavalla) jo tuolloin olisi kyllä ollut olemassa.

Kotimaisena kolmantena Nuutilan tuottamusoppiin verrattavana aikalaistutkimuksena voidaankin tässä kohdin vielä mainita Matti Nissisen lisensiaattityö *Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä* (1996), jossa Nissinen sitoo niin sanotun kohdentamisopin tarkastelun nimenomaisesti tuottamus- ja laiminlyöntitilanteisiin⁸⁷⁸. Metodiselta ja ylipäänsä rikosoikeudelliselta katsantotavaltaan Nissisen tutkimus edustaa Nuutilan kanssa hyvin erilaista kantaa. Nissinen ilmoittaa tutkimustehtäväkseen: ”kehittää rikoslainopillista teoriaa rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä analysoimalla kohdentamisongelmia tilanteissa, joissa on samanaikaisesti kyse sekä tuottamus- että laiminlyöntivastuun edellytyksistä” ilmoittaen mielenkiintonsa kohteeksi ”edelleen näin hahmotuvien erityispiirteiden systematisointi ja integrointi modernin tuottamus- ja laiminlyöntidoktriinin yhteyteen”. Lisäksi Nissinen pyrkii vastaamaan siihen, onko vastuun kohdentamisopilla itsenäistä merkitystä verrattuna tavanomaisiin tekijäntointa, osallisuutta, tuottamusta ja laiminlyöntivastuuta koskeviin oppeihin – eli, onko kohdentamisopin ”olemassaololla dogmaattista oikeutusta”.⁸⁷⁹ Käytännössä Nissinen pyrkii jäsentämään vastuuoppiin liittyvät moninaiset erilliskysymykset kokonaisuudeksi teoreettis-analyttisella työkalulla, joka on tuottamuksellisen laiminlyöntirikoksen *yleinen rakenne*. Yleinen rakenne toimii tutkimuksessa eräänlaisena ”dogmaattisena lokerikkona”, jonne erilliskysymyksiä siis sijoitetaan.⁸⁸⁰

Lopputulokseltaan Nissisen tutkimus muistuttaa sinällään monilta osin Nuutilan väitöskirjaa; kyse on monimutkaisen tutkimuskohteen pohjalta esitetyistä kysymyksenasetteluista, joihin etsitään erilaisia argumentteja yrittämättä ratkaista konkreettisia lainsoveltamisongelmia lainkäyttäjän puolesta. Perusvire tutkimuksissa on kuitenkin hyvin erilainen. Nissinen harjoittaa ainakin tuolloin vielä lopulta suhteellisen perinteistä systemaattis-dogmaattista tutkimusta keskeisenä tausta-auktorinaan Hans-Heinrich Jescheckin vuoden 1988 rikosoikeuden yleisen osan oppikirja. Funktionalistisia piirteitä on ilman muuta läsnä, mutta ne jäävät hyvin vähäiseen rooliin vaikkapa Nuutilan väitöskirjaan verrattuna.

Mainittakoon vielä ruotsalaisena, mutta edelleen niin aihepiiriltään kuin ajankohdaltaankin Nuutilan väitöskirjaan tärkeän vertailukohdan muodostavana tutkimuksena Samuel Cavallinin väitöskirja *Skuld* (1999), jossa Cavallin (paljon muun ohella) suorittaa saksalaisia, ruotsalaisia ja hieman myös muita pohjoismaisia ja jopa common law -traditioon lukeutuvia tuottamusooppeja koskevan tarkastelun (s. 445–578). Funktionalismi loistaa kyseisessä katsauksessa poissaolollaan, vaikka esimerkiksi Saksassa vallitsevaksi katsottu kaksiportainen tuottamusoppi henkilöidääkin ennen kaikkea Claus Roxiniin. Sen sijaan finalismi näyttelee jo huomattavasti

⁸⁷⁸ Nissinen 1996 s. v korostaakin tutkimuksen täsmällisen otsikon kuuluvan ”Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä – erityisesti laiminlyönti- ja tuottamuvastuun edellytyksistä osakeyhtiössä”.

⁸⁷⁹ Nissinen 1996 s. 8 ja 78–79.

⁸⁸⁰ Nissinen 1996 s. 68–69. Tuottamuksellisten laiminlyöntirikosten rakenteellista kokonaisuutta koskevan näkemyksensä Nissinen esittää sivuilla 74–79. Rakenteen pohjana on Nissisen kaikille rikoksille yleiseksi katsoma kolmiosainen rikoskäsite (*tunnusmerkistönmukaisuus, oikeudenvastaisuus, syyllisyys*) (s. 74–75). Nissinen ymmärtää mallinsa eräänlaiseksi synteetiseksi Harri Palménin, Pekka Koskisen, Ari-Matti Nuutilan ja Hans-Heinrich Jescheckin esityksistä (s. 77 alav. 23).

merkittävämpää roolia kaikkein suurimman painoarvon langetessa kuitenkin Karl Engischille ja Nils Jareborgille.⁸⁸¹

Pelkät Cavallinin ja Nuutilan tutkimukset rinnakkain lukemalla voi nopeasti huomata, kuinka monimutkaisessa tilassa tuottamusta koskeva keskustelu jo 1990-luvulla oli. Samalla esimerkiksi Suomessa yhä tänä päivänä elävä ajatus Nuutilan väitöskirjan jonkinlaisesta ”kattavuudesta” käy hyvin hyvin suhteelliseksi – tai sanotaan se suoraan: surkuhupaisaksi oppimattomaksi tyyperydeksi.

Kuten kaiken muun ohella edelliset paatokselliset sanankäänteeni osoittavat, on Nuotion diskursiivinen ja ymmärtävään kriittisyyteen perustuva tutkimus huomattavasti lähempänä oman tutkimukseni alussa omaksumiani lainopin teesejä ja ylipäänsä oikeutta koskevia ajatuksiani. Valitettavasti tämänkaltaisen tutkimisen teko ei takaa lainkaan yhtä seikkaperäisiä käytännön elämää hyödyttäviä argumentteja, kuin vaikkapa Nuutilan tutkimus, josta mitä moninaisimpiin rikosoikeudellista tuottamusproblematiikkaa koskeviin kysymyksiin on löydettyvissä vähintäänkin jonkinlaisia argumentatiivisia suuntaviivoja. Se, missä määrin tämä lopulta auttaa vaikkapa käytännön lainsoveltajaa on tietysti monimutkaisempi kysymys, johon palaan myöhemmin arvioidessani tarkemmin *teon huolimattomuus -oppia* tutkimukseni II-osan kappaleessa 4.2.

Johtopäätös, jonka mukaan tuottamusta voisi tutkia muutenkin kuin Nuutilan 1990-luvulla omaksumalla tavalla, lieenee suurimmalla osalla rikoslainopillisen tutkimuksen erilaisista laatumittareista hyödytön itsestäänselvyys. Tutkimukseni loppuosa pyrkii osoittamaan jotain mielenkiintoisempaa. Ensinnäkin sen, ettei Nuutilan tuottamustutkimus tarjoa uskoakseni (ainakaan enää 2020-luvulla) kovinkaan hyvin perusteltua pohjaa rikosoikeudellisen tuottamuksen ymmärtämiselle. Toiseksi pyrin kehittämään kyseistä mallia paremman ehdotuksen tuottamuksen ymmärtämiseen.

Ennen tätä kaikkea on vielä syytä luoda katsaus siihen, miten muuten tuottamusta ainakin on tähän mennessä tutkittu.

3.3 Muita näkökulmia tuottamukseen

”Huolellisuuden ja huolimattomuuden käsitteet ovat häilyviä ja vaihtelevia. Niiden asteet arvostele jokainen oman luonteensa ja oman huolellisuutensa mukaan. Ja tämänkin jo sinänsä sangen epävarman ja epämääräisen mitan tekee vielä epävarmemmaksi ihmisten toiveajattelu, joka aiheuttaa, että jälkeensä kaikki tahtovat näyttää oppineemmilta ja viisaammilta kuin he tosiasiallisesti olisivat olleet, ellei sattunut tapaus olisi heitä opettanut. Lisäksi vielä ihmiset tavallisesti ovat toisten erehdysten vainuamisessa ilveksiä, vaikka itse ovatkin myyriä.”

(Matthias Calonius⁸⁸²)

⁸⁸¹ Cavallin 1999 käsittelee ylipäänsä Claus Roxinia ainakin Suomessa totuttuun verrattuna yllättävän vähän (lähinnä s. 447–448, 462–464 ja 477). Engischistä ks. s. 455–462 ja 467–474 ja Jareborgista s. 517–565 (, josta noin puolet merkitsee tosin enemmänkin Cavallinin omien ajatusten kehittelyä Jareborgin pohjalta). Vaikka Cavalliniin palataan tarkemmin myöhemmin (erit. III-osan kappaleessa 2.2), on jo tässä kohdin syytä todeta hänen tutkimuksensa rakentuvan niin ikään hyvin erilaiselle rikosoikeudelliselle katsantokannalle kuin vaikkapa Nuutilan tutkimus. Cavallinin pyrkimyksenä on kaataa rikoksen rakenneopillinen perusolettamus (”der Angelpunkt der Verbrechenslehre”) eli ajatus teon ja tekijän – objektiivisen ja subjektiivisen – perustavanlaatuisesta erottamisesta (erit. s. 14–16 ja 50–52). Kyse on juurikin siitä perusolettamuksesta, jonka varaan Nuutila rakentaa oman yhtäältä *teon* ja toisaalta *tekijän* huolimattomuuteen perustuvan teoriansa.

Matthias Caloniuksen pari vuosisataa vanhat sanat osuvat mitä kiusallisimmalla tavalla yhä 2000-luvulla tuottamusdogmatiikan ytimeen. *Ensinnäkin* ne kiteyttävät tuottamusdogmatiikan kohteestaan – eli tuottamuksesta tai huolimattomuudesta – saavuttaman tiedon: kyse on monitulkintaisesta ja yksinkertaisesti vaikeasta käsitteestä, jonka osalta selvää on lähinnä sen kontekstisidonnainen vaihtelevuus – se, että sen avulla on kyettävä tavoittamaan siinä määrin erilaisia vastuuarvioinnin tilanteita, ettei kovin täsmällinen määritelmä edes ole mahdollinen! Huolimattomuus edellyttää jo negaation kautta tapahtuvan määritelmänsä osalta ajatusta huolellisuudesta. Huolimattomuus on auttamatta sidottu positiiviseen vastinpariinsa, joka toimii normina – vertailukohtaansa, jonka perusteella toiminta katsotaan huolimattomaksi, tai sitten huolelliseksi⁸⁸³. Tässä vertailuoperaatiossa kulloinkin valittu näkökulma on yksi tuottamusopin ikuisuuskysymyksiä. Kyse on ensinnäkin siitä, kenen näkökulmasta huolellisen/huolimattoman toiminnan standardi määritetään. Vaihtoehtoina voivat olla vaikkapa konkreettinen tekijä tai häntä arvioiva tuomari taikka enemmän tai vähemmän abstrahoitu henkilö, joka kuvitellaan osittain vaikkapa huolelliseksi perheenisäksi, tavalliseksi perheenisäksi tai joksikin ihan muuksi, joka kuitenkin saattaa osittain omata vaikkapa konkreettisen tekijän koulutuksen, kokemuksen, temperamentin, likinäköisyyden tai jonkun muun ominaisuuden. Lisäksi on valittava suoritetaanko tarkastelu teonhetkisestä (*ex ante*) tai tätä myöhemmästä (*ex post*) näkökulmasta ja kohdistetaanko se pistemäisiin hetkiin ja ruumiinliikkeisiin vai laajempiin ajanjaksoihin ja toimintakokonaisuuksiin. Tällaisessa enemmän tai vähemmän avointen ongelmien sumassa piilee (kaiketi jo modernin kognitiopskologisen tietämyksen varassa) suuri vaara siihen, että erinäiset tuottamusta koskevat arviot heijastavat myös paljon paljon muutakin kuin ”relevantteja oikeuslähteitä”, ”juridista argumentaatiota” tai jotain muuta ylevän ja objektiivisen kuuloista.

Toiseksi Caloniuksen sanat ilmentävät sitä, miten tuottamusta on tapana tutkia. Mitä erilaisimpia tutkimuksia löytyy paljon – yhtä paljon kuin löytyy tuottamusopin rämeikköön uskaltaneita tutkijoitakin. Ajatus löytää jotain viisasta – saati uutta – sanottavaa edellä mainitun kaltaisista rikosoikeuden ikuisuuskysymyksistä merkitsee usein jo itsessään toiveajattelua. Pyrkimys todellista oppineemmalta ja viisaammalta näyttämiseen on oikeastaan sisäänkirjoitettu jo ajatukseen lainopista kuulijoitaan vakuuttavana argumentaationa. Lainopillisen metodin näkeminen ”takapuoli edellä puuhun kiipeämisenä” ei tee tilanteesta yhtään sen parempaa. Harras toiveeni on, että oma tutkimukseni voisi olla edes hieman jotain muutakin kuin yhtäältä toisten esittämien ajatusten uskonautuuden vallassa toistelua ja/tai toisaalta näiden ajatusten lyhytnäköistä kritisointia jälkikäteen ja tarkoituksellisesti tätä varten valittujen premissien valossa – molemmissa tapauksissa kuitenkin luulotellen, että tähän sisältyisi jotain uutta ja ihmeellistä.

Gunnar Duttgen teos *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitdelikten* (2001) on tuntemistani 2000-luvulla julkaistuista rikosoikeudellista tuottamusta koskevista tutkimuksista monessakin mielessä

⁸⁸² Kyse on Caloniuksen noin vuonna 1800 pitämistä *Siviilioikeuden luennoista*, joista Juha Karhu on poiminut kyseisen sitaatin oman tuottamustutkimuksensa motoksi (Pöyhönen 2001 s. 73), mistä sen puolestani satuin itse myyräntyötä tehdessäni löytämään.

⁸⁸³ En tiedä, vallitseeko huolimattomuuden ja huolellisuuden määritelmien välillä jonkinlaista loogisesti välttämätöntä sidonnaisuutta, mutta jo rikosvastuun kannalta perustavanlaatuisen *toisin toimimisen mahdollisuuden* kannalta olen taipuvainen katsomaan, että *rikosoikeudellinen* välttämättömyyssuhde ainakin on olemassa. Rikosoikeudellinen arvio toiminnasta huolimattomana pitää sisällään ajatuksen mahdollisuudesta toimia myös toisin – muuten kai kyse olisi tapaturmasta tai muusta vastaavasta. Juuri tässä ajateltavissa olevassa toisin toimimisen tavassa on kyse huolellisuudesta – *ei-huolimattomuudesta*.

kunnianhimoisin ja monipuolisin. Juuri metodisen itserefleksionsa johdosta se toimii hyvänä lähtökohtana tuottamustutkimusten tarkasteluun yleisemminkin.

Duttgen teos lähtee liikkeelle Saksassa jo 1960-luvulla virinneestä huolesta, jonka mukaan rikosoikeudelliseen tuottamuskäsitteeseen sisältyvä epätasällisyys muodostaa valtiosääntöoikeudellisen ongelman. Kyse on niin Saksan perustus- kuin rikoslakiinkin (Art. 103 Abs. 2 GG ja § 1 StGB) kirjatun rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen sisältämästä epätasällisyyskiellosta, jonka valossa Duttge siis katsoo tuottamuksen jo vuosikymmenet jatkuneesta intensiivisestä tutkimisesta huolimatta siinä määrin sekavaksi, että vähintäänkin asiaa koskevien käsitysten systematisointi olisi laillisuusperiaatteen kannalta tarpeen.⁸⁸⁴

Asiaa koskevan aiemman saksalaisen keskustelun pohjalta Duttge järjestää tuottamuksesta esitetyt käsitykset kolmen topóin ympärille. *Ensinnäkin* tuottamus on mahdollista mieltää ”klassisen opin” mukaisesti huolellisuusvelvoitteen loukkaamiseksi (*Sorgfaltspflichtverletzung*), joka voidaan edelleen ymmärtää joko yhtenäisenä syyllisyyttä koskevana kysymyksenä (*Einteiliger Fahrlässigkeitsbegriff*) tai selvemmin yhtäältä objektiiviseen ja toisaalta subjektiiviseen puoleen jakautuvana seikkana, joka rikoksen rakenneopillisesti ulottuu paitsi syyllisyyteen myös vääryyteen (*Komplexer Fahrlässigkeitsbegriff*).⁸⁸⁵ Suomen tapaan myös Saksassa jälkimmäinen kaksijakoinen tuottamuskäsitys oli johtanut 1900-luvun lopulle tultaessa huomion keskittymiseen nimenomaan objektiivisen puolen ”huolellisuusvelvollisuudenvastaisuuden” pohtimiseen⁸⁸⁶. Toinen tapa lähestyä tuottamusta on mieltää se ennustettavuudeksi, jonka katsotaan puolestaan yleensä kohdistuvan tunnusmerkistössä kuvatun rikoksen toteutumiseen (*Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung*)⁸⁸⁷. Myös tämä tuottamuskäsitys on ollut vahvasti läsnä erityisesti vanhemmassa suomalaisessa tuottamus- ja kausaalisuusopissa – ja edelleen nykyisessä oikeuskäytännössä⁸⁸⁸. Kolmas Duttgen saksalaisesta keskustelusta tunnistama tuottamuskäsityksen tyyppi on ymmärtää tuottamus sallitun riskin ylittämiseksi (*Überschreiten des erlaubten Risikos*), mikä merkitsee tuottamuksen sitomista erityisesti 1900-luvun lopulla hyvin muodikkaaksi osoittautuneeseen *riskin*

⁸⁸⁴ Duttge 2001 s. 35–38 sekä 29, jossa Duttge viittaa tältä osin jo Hans-Heinrich Jescheckin ja Thomas Weigendin vuoden 1969 rikosoikeuden yleisen osan oppikirjassaan esille nostamaan kysymyksenasetteluun rikosoikeudellisen epätasällisyyskiellon ja tuottamuksen välisestä ongelmallisesta suhteesta.

⁸⁸⁵ Duttge 2001 s. 41–90. ”Klassisen opin” perusteet Duttge löytää Aristoteleelta ja Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbachilta (s. 41 ja 90–91).

⁸⁸⁶ Juuri tähän liittyy nähdäkseni myös jo aiemmin mainittu Koskisen 1976 s. 26 ja edelleen Koskisen 1977 s. 250 sekä tältä pohjalta Nuutilan 1996 s. 5–8, 15 ja 525 puhe tuottamuksen objektiivisen puolen ”tyhjyydestä”. Ks. myös Frände 2013 s. 276–277, joka yhdistää Koskisen tuottamuskäsityksen juuri huolellisuusvelvoitteen loukkaamiseen. Todettakoon, että Fränden arvion mukaan nimenomaan Koskisen ajatuksilla on jälkeen päin arvioiden ollut lainoppineista suurin vaikutus suomalaiseen lainsäädäntöön ja lainkäyttöön (s. 272).

⁸⁸⁷ Duttge 2001 s. 91–107.

⁸⁸⁸ Esim. Brynolf Honkasalo erotti suomalaista rikosoikeutta pitkään hallinneissa oppikirjoissaan luonnontieteellisesti kausaali-teetista tilanteet, joissa seuraus ei yleisen elämäkokemuksen tai tietyn tekijän tietämyksen perusteella ollut ennustettavissa. Ennustettavuus voidaankin tällaisena ”luonnontieteellistä” syy-yhteyttä rajaavana kriteerinä ymmärtää niin osaksi kausaalisuusoppia kuin itsenäiseksi huolimattomuusarviointin yleisklausuuliksi. Ks. asiasta Frände 2013 s. 278, joka huomauttaa erityisesti kotimaiset tuomioistuimet taipuvaisiksi arvioida huolimattomuutta (ja syy-yhteyttä) nimenomaan ennustettavuudesta käsin – huolimatta Honkasalo myöhemmän lainopin lukuisista yrityksistä saada tähän muutosta. Suhteellisen tuoreina esimerkkeinä tällaisesta Frände mainitsee ratkaisut KKO 2006:25 ja 2007:62. (s. 278–280) Asiasta on Suomessa viime vuosina kantanut huolta ennen kaikkea Heli Korkka. Ks. erit. Korkka 2015 s. 140–142, jossa Korkka hylkää ennalta-arvattavuuden kausaali-teettia rajoittavana kriteerinä rikoshyödyn määrittämisen osalta puoltaen sen sijaan teon huolimattomuus -oppia. Ks. myös Kröger 2016 s. 172–173, joka toteaa vallitsevan saksalaisen opin edellyttävän tuottamuksellisten rikosten tunnusmerkistön täyttymiseltä jonkinlaista ennakoitavuutta (*Vorhersehbarkeitskriterium*), mutta asiaa koskevaa keskustelua vaikeuttavan jo se, että eri kirjoittajat käyttävät asiasta hyvin erilaisia käsitteitä, kuten: *Erkenn-*, *Vorher-* ja *Voraussehbarkeit* sekä *Begrifflichkeit der (kausalen) Adäquanz*.

käsitteeseen⁸⁸⁹. Nuutilan väitöskirja merkitsee Suomen osalta tärkeintä tämänsuuntaista näkemystä.

Kaikki Duttgen tunnustamista lainopillisessa keskustelussa esitetyistä tuottamuskäsityksistä jättävät auki lukuisia kysymyksiä. Mitä erilaisimmista saksalaisessa keskustelussa esitetyistä laillisuusperiaatteen vaatimusten kiertoyrityksistä huolimatta Duttge ei katso oikeustilaa tältä osin laillisuusperiaatteellisen epätasällisyyskiellon kannalta riittäväksi, vaan toteaa tuottamuksen vaativan täsmennystä.⁸⁹⁰ Ratkaisevaksi kysymykseksi nousee tietysti se, miten Duttge ajattelee onnistuvansa tehtävässä, jossa on juuri edellä käytännössä todennut saksalaisten kollegojensa läpi 1900-luvun kerta toisensa jälkeen epäonnistuneen. Duttge nostaa esiin kahdeksan erilaista metodista tapaa lähteä täsmentämään tuottamuksen käsitettä⁸⁹¹. Ensinnäkin tuottamukselle olisi mahdollista lähteä etsimään täsmällisempää määritelmää *oikeushistoriallisen* tai *oikeusvertailevan* katsauksen avulla taikka luomalla katse asiaa koskevaan *siviilioikeudelliseen* tai *valtiosääntöoikeudelliseen* keskusteluun. Duttge hylkää kaksi ensimmäistä todeten jo suoritettujen tutkimusten osoittavan historiallisen ja eri maihin suuntautuvan vertailun johtavan lähinnä ”häkellyttävään mielipiteiden moninaisuuteen” ja pikemmin vaikeuttavan täsmällisen ja siis yhtenäisen tuottamuksen käsitteen muodostamista. Siviilioikeuden Duttge katsoo puolestaan olevan oikeudenalana liian erilainen, jotta apua olisi nimenomaan rikosoikeuden saralla sieltäkään löydettävissä. Sama pätee valtiosääntöoikeuteen. Perustuslain lainkäytön näkökulmasta omalaatuisella tavalla avoin ja ”kehityskelpoinen” normatiivinen sisältö asettaa kyllä eräänlaiset uloimmat rajat ja vaatimukset tuottamuskäsitteen täsmällisyydelle, muttei kerta kaikkiaan kykene antamaan varsinaista täsmällistä ja käytännöllisiä dogmaattisia tarpeita vastaavaa sisältöä tällaiselle käsitteelle. Rikosoikeuden on Duttgen näkemyksen mukaan itse löydettävä asiaa koskevat vastaukset.⁸⁹² Edellisten sijaan tuottamuksen täsmentämistä olisi Duttgen mukaan mahdollista yrittää myös yleisesti *oikeusfilosofian* keinoin tai hieman spesifimmin vaikkapa *normiteoreettisen ajattelun* pohjalta. Myös saksalaiselle rikosoikeudelle tyypillisen *Unrecht-/Schuldlehre - jaotteluun*⁸⁹³ perustuvan *systemaattisen näkökulman* voisi ajatella antavan perustan

⁸⁸⁹ Duttge 2001 s. 108–134. Todettakoon jo tässä kohdin Duttgen suhtautuvan hyvin epäluuloisesti tuottamuksen sitomiseen lukuisista ja sinällään ansiokkaista täsmennysyrityksistä huolimatta auttamatta yleislausekkeen tasolle jääneeseen *riskin* käsitteeseen. Duttge korostaa, ettei riski-dogmatikka kykene lopulta täysin väistämään jonkinlaista mittaa vaativaa oikeushyvä- ja intressipunnintaa jäaden lopulta kaikessa niukkasältöisyydessään hyvin alttiiksi mitä erilaisimmille (tapauskohtaisille) kehitelmille – vaikkakaan tätä ei välttämättä riskisuuntautuneissa teorioissa aina kovinkaan mielellään pidettäisi esillä. Ks. s. 127 ja 209–214, jossa Duttge viittaa riskikäsitteen ilmaisuvoiman osalta Goethen sanoihin: ”Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr’s nicht aus, so legt was unter.”

⁸⁹⁰ Duttge käsittelee epätasällisyyskieltoa ja sen suhdetta tuottamusoppihin sivuilla 135–218. Keskeisinä argumentteina epätasällisyyskiellon jollain tavalla lievempään soveltamiseen tuottamuksen kohdalla Duttge mainitsee: 1) tuottamuksen yleispätevän täsmällisen määritelmän mahdollisuuden, minkä johdosta tuottamuksen sisältö käy (myös kansalaisten kannalta) havainnollisemmin ilmi oikeuskäytännöstä, 2) rikoslainsäädännössä esiintyvät muutkin yleislausekkeet (kuten tahallisuus) sekä 3) tarpeen jättää tilaa oikeuden kehittymiselle, jota esimerkiksi asiasta tarkkaan säätäminen siis rajoittaisi. Mikään edellä mainituista ei vakuuta Duttgea. Sen sijaan Duttge painottaa laillisuusperiaatteellista epätasällisyyskieltoa niin oikeusvaltioperiaatetta, vallanjakoa, demokratiaa, kansalaisten vapautta ja yhdenvertaisuutta kuin ihmisarvoa ja rangaistusteorioitakin ilmentävänä normina, joka on ulotettava koskemaan jokaista rangaistavuuden edellytystä – niin rikosoikeuden erityisen osan tunnusmerkkinä kuin yleisen osan elementtienkin kohdalla. Niistä kaikki kun määrittävät lopulta rangaistavuuden alaa ilman, että niitä voisi tältä osin erotella toisistaan vaikkapa erilaisten normien lakiteknisen sijoittamisen perusteella. (erit. s. 146–165) Myös Suomessa on käyty pitkälti samanlaista keskustelua liittyen laillisuusperiaatteen asettamiin vaatimuksiin määritellä syyksiluettavuuden muodot lain tasolla. Keskustelu on tosin kohdistunut ennen kaikkea tahallisuuteen. (ks. alav. 471)

⁸⁹¹ Duttge 2001 s. 219–269.

⁸⁹² Duttge 2001 s. 220–225, 231–238 ja 463–464. ”Verwirrende Meinungsvielfalt” on lainaus tuottamuksen oppihistoriaa tutkineelta Ellen Schlüchterilta 1996 s. 47. Lisäksi on huomattava, että Duttgen jo teoksensa alussa suorittama aiemman saksalaisen keskustelun erittely merkitsee tietysti tavallaan juuri ”oikeushistoriallista” katsausta. Siviilioikeudellisen tuottamussarvioinnin Duttge katsoo liian ylimalkaiseksi ja objektiiviseksi rikosoikeuden tarpeisiin.

⁸⁹³ Huom! *Unrecht/Schuld* -erottelu on eräs saksalaiselle systemaattis-dogmaattiselle rikoslainopille hyvin keskeinen ns. rikoksen rakenneopin (*Verbrechenssystem, Verbrechenstheorie*) teema, johon liittyvä traditio on rikas ja terminologia sen mukaisesti monisyinen ja vaikea. Esim. Frisch 2000 s. 165 puhuu kyseisestä jaottelusta yhtenä rikoksen yleisen rakenneopin tärkeimmistä

tähän. Duttge kuitenkin hylkää myös nämä metodit. Duttge ei usko niin oikeusfilosofian kuin normiteoriankaan kykyyn täsmentää mitä moninaisimmissa elämäntilanteissa sovellettavaksi tulevaa tuottamuskäsitettä laillisuusperiaatteen ja arkisten lainsoveltamistilanteiden kannalta riittävissä määrin. Silmäys jo pelkkiä Unrecht- ja Schuld-käsitteitä koskevaan loputtoman tuntuisen lainopilliseen kiistelyyn ei puolestaan anna Duttgen mukaan minkäänlaista toivoa ainakaan lähitulevaisuudessa saavutettavasta asiasta koskevasta selvytyksestä.⁸⁹⁴ Lopulta Duttge toteaa jokaisen edellä mainituista seitsemästä metodista sinällään tuottamuskäsitteen kannalta merkitykselliseksi, mutta mainitsemistaan rajoitteista johtuen jatkotutkimuksensa *pääasialliseksi* metodiksi riittämättömäksi.⁸⁹⁵

Duttge päätyykin ottamaan jatkotutkimuksensa lähtökohdaksi kahdeksannen metodisen vaihtoehdon: *oikeustapausanalyysin*, jonka pohjalta hän pyrkii siis selvittämään, mitä tuomioistuimet käytännössä tekevät rikosoikeudellista tuottamusta arvioidessaan. Duttge kohdistaa mahdollisimman suurta kattavuutta tavoittelevan analyysinsä kaikkien saksalaisten rikostuomioistuinten vuoden 1871 rikoslain jälkeiseen oikeuskäytäntöön siinä määrin kuin se on ollut saatavilla Duttgen listaamien 37 eri julkaisukanavan kautta. Itse analyysi tapahtuu siten, että Duttge tyypittelee yksinomaan tuottamusta hyödyntävät saksalaiset rangaistussäännökset 11 eri ryhmään, joiden alaisuuteen tarkastelun kohteeksi otetut oikeustapaukset jyvitetään. Itse oikeustapausten osalta Duttge kertoo noudattaneensa analyysimallia, jossa huomio kohdistetaan ensin tapauksen taustalla oleviin tosiseikkoihin ja tämän jälkeen ratkaisujen oikeudellisiin perusteisiin. Lopuksi tapaukset sijoitetaan kulloiseenkin kontekstiinsa.⁸⁹⁶

Oikeustapausanalyysinsä tuloksina Duttge toteaa tuomioistuinten puhuvan tuottamuksesta säännönmukaisesti ”huolellisuusvelvoitteenvastaisuutena” sitomatta tätä kuitenkaan niinkään konkreettisten erityisnormien rikkomiseen, vaan viitaten sen sijaan jonkinlaiseen yleisempään velvoitteeseen pidäytyä muiden etujen loukkaamisesta. Kyse on kaikkiin tuottamustilanteisiin sisältyvästä varsin ylimalkaisesta ”*vajavaisen huomioimisen elementistä*” (Element *manglender Rücksichtnahme*), jota ilmaistaan oikeuskäytännössä myös muotoilulla ”Verstoß

keksinnöistä huomauttaen jaottelun taustan olevan siviilioikeudessa. Ks. samoin Sinn 2007 s. 321–323. Kyse ei ole (välttämättä) Suomessa paremmin tunnetun kolmiportaisen jaottelun (*tunnusmerkistön mukaisuus, oikeudenvastaisuus, syyllisyys*) jonkinlaisesta vaihtoehdosta, vaan pikemminkin hieman eri asiaa kuvaavasta seikasta. Siinä missä edellä mainittu kolmiportainen jaottelu liittyy rikoksen täyttymiseen tai täyttymättä jäämiseen, koskee Unrecht/Schuld -jaottelu toiminnan arvostelua. Esim. *oikeudenvastaisuus* (Rechtswidrigkeit) joko on tai ei ole käsillä, mutta *Unrecht* voi sen sijaan ilmetä määrällisesti erilaisissa asteissa. Ks. esim. Schönke/Schröder 2019 (Jörg Eisele) s. 140–159. Myös jaottelua koskevia kriittisiä äänenpainoja on luonnollisesti esitetty (näistä esim. Sauer 2003 s. 63 erit. alav. 175). Vielä tuoreemmista kriittisistä äänenpainoista ks. Pawlik 2007, Pawlik 2012 s. 257–298 sekä Kröger 2016 s. 48–51 ja 95–101. Suomalaisen keskustelun osalta ks. Luoto 2018 s. 41–43, joka näyttäisi katsovan Unrecht-käsitteen synonyymiksi ”teon moitittavuuden arvioinnin” (, kuten ainakin Frände 2019 s. 97–99 häntä ymmärtää).

⁸⁹⁴ Duttge 2001 s. 225–229 ja 244–245.

⁸⁹⁵ Duttge 2001 s. 253.

⁸⁹⁶ Duttge 2001 s. 253–254 ja 266–269. Duttgen aineisto on massiivisuudessaan häkellyttävä. Mukana pitäisi olla niin Bundesgerichtshofin, Oberlandesgerichtien, Landgerichtien sekä Amtsgerichtien reilun 100 vuoden aikana ”puhtaan” tuottamuksellisia rikoksia (pois lukien siis ns. tuottamus-tahallisuus-kombinaatiot sekä erityiseen *Leichtfertigkeit*-syyksiluettavuuden muotoon perustuvat rikokset) koskevat tuomiot – sikäli kun ne löytyvät Duttgen hyödyntämistä oikeustapausten julkaisukanavista. Tältä osin on hyvä huomata, ettei Duttge esitä minkäänlaista kokoavaa luetteloa hyödyntämistään oikeustapauksista, vaan sen sijaan kertoo avaavansa mittavaa aineistoaan myöhemmin julkaistavassa tekstissä, jonka otsikoksi Duttge paljastaa ”*Auswertung der Rechtsprechung zum Fahrlässigkeitsdelikt*” (s. 345 alav. 555. Otsikko löytyy myös lähdeluettelosta (s. 504)). Omien tietojeni mukaan tällaista teosta ei kuitenkaan ole missään vaiheessa julkaistu, eikä sellainen ainakaan ole ollut omassa käytössäni. Varsinaisessa oikeustapausanalyysissään Duttge viittaa eri ratkaisuihin sinällään hyvinkin täsmällisesti. Esim. pelkkä s. 317–318 alav. 344 sisältää yhteensä 27 sivunumeroin täsmennettyä lähdetä, joiden pohjalta lukija voi lähteä Duttgen väitteitä kontrolloimaan. Käytännössä kovinkaan moni tähän savottaan tuskin lähtee. Tämä puolestaan merkitsee tietysti huomattavaa *ethos*-tyyppistä luottamuksenosoitusta Duttgen tekemiseen. Toinen tapa kontrolloida Duttgen oikeustapausanalyysia on verrata sitä vaikkapa Dirk Sauerin (2003) monelta osin vastaavaan – joskin aineiston puolesta selvästi vaatimattomampaan – analyysiin.

gegen eine allgemeine Sorgfaltspflicht” – ”yleisen huolellisuusvelvoitteen rikkominen”. Kyse ei ole niinkään vaatimuksesta pidättäyä vaarallisesta toiminnasta, vaan pikemminkin kiellosta toimia tilanteessa, jossa olisi painava syy harkita asiaa vielä toisin.⁸⁹⁷ Tältä pohjalta Duttge kehittää tuottamuksen käsitettä edelleen. Ensinnäkin ylimalkainen ”huolellisuusvelvoitteen rikkominen” (*Sorgfaltspflichtverletzung*) tulisi hänen mukaansa rajata yleiseksi vahingoittamiskielloksi eli yleiseksi velvollisuudeksi noudattaa toiminnassaan turvallisuutta (*Verstoß gegen das allgemeine Schädigungsverbot* sekä *allgemeine Verkehrssicherungspflicht*). Duttge painottaa moitteen kohdistuvan näin ainoastaan henkilöön, jonka kannalta rikokseen johtanut tilanne oli vältettävissä. Pelkän abstraktin ja yleisen elämäkokemuksen perusteella määriteltävän *ennustettavuuden* (*Voraussehbarkeit*) sijaan on rikosvastuun osalta painotettava niin tekijä- kuin tilannekohtaistakin ennakoimisen mahdollisuutta. Duttge puhuu tältä osin ”ilmeisestä ja kouriintuntuvasta varoitussignaalista” (*augenfälligen und greifbaren Warnsignale*), joka voi perustua niin ulkoisiin (objektiivisiin) olosuhteisiin kuin tekijän (subjektiiviseen) konkreettiseen tietämykseenkin. Näin Duttge muotoilee rikosoikeudellisesti moitittavan tuottamuksen kohteeksi *toimimisen siitä huolimatta, että hyvät (joko ulkoisista olosuhteista tai tekijän omista tiedoista johtuvat) syyt olisivat edellyttäneet toiminnasta pidättymistä*. Lopulta Duttge laajentaa luottamusperiaatteen tavanomaisesta liikenne-rikosoikeudellisesta ympäristöstään yleiseksi tuottamuksen ”kääntöpuoleksi” (*Vertrauensgrundsatz als Kehrseite des Veranlassungsmoments*). Tuottamuksessa on kyse riittävästä syystä olla toimimatta (*“Veranlassungsmoment”*), jota voi ”klassisen tuottamusopin” mukaisesti luonnehtia myös huolellisuusvelvoitteenloukkaukseksi tai velvollisuudenvastaisuudeksi. Ymmärtääkseni Duttge katsoo määritelmänsä vastaavan sinällään pitkälti myös ”kielletyn riskin” pohjalta tapahtuvaa tuottamuksen määrittelyä Duttgen katsoessa oman määritelmänsä kuitenkin itsessään täsmällisemmäksi.⁸⁹⁸

Duttgen suorittama käsitteellinen pyörittely sortuu nähdäkseni kaikessa vaikeataajuudessaan juuri sellaiseksi opilliselle riitelylle alttiiksi ja arkielämälle vieraaksi epäselvyydeksi, josta Duttge edellä syytti oikeusfilosofiaa, normiteoriaa sekä systemaattis-dogmaattista ajattelua. Lopulta kaikki erilaiset tuottamuskäsitteen muotoilut ja täsmennysyritykset näyttävät edellyttävän siinä määrin häilyvillä käsitteillä operoimista, että yleisellä tasolla pysyttäessä ne kaikki muistuttavat toisiaan. Abstraktilla tasolla on hyvin vaikea sanoa, miten Duttgen painottama riittävän toiminnasta pidättymisen syyhyn viittaava *Veranlassungsmoment* oikein poikkeaisi tuottamuksen mieltämisestä *huolellisuuteen velvoittavan normin rikkomiseksi, kielletyksi riskin otoksi* tai vaikka riittävän selvän oikeudenloukkauksen *ennakointimahdollisuuden sivuuttamiseksi*. Tässä kohdin Duttge ottaakin käyttöön viimeisen tutkimuksessaan hyödyntämänsä metodin; *kognitiopsykologian*. Toisin sanoen Duttge sitoo normatiivisen riittävän toiminnasta pidättymisen syyn empiiriseen inhimillistä havainnointia ja päätöksentekoa koskevaan tietoon. Ajatuksena on se, että tosiasiallinen tieto siitä, miten ihmisäivot vastaanottavat ja työstävät ympäristöään koskevaa informaatiota – ja muun ohella tunnistavat siitä erilaisia vaaroja – muodostaa perustan sille, milloin ihmisellä voidaan katsoa olevan riittävä syy jättää jotain tekemättä.

⁸⁹⁷ Duttge 2001 s. 312 ja 353–355.

⁸⁹⁸ Duttge 2001 s. 312 ja 355–358.

Tilaa, liikettä ja aikaa koskevia havainnoinnin tekijöitä sekä *tarkkaavaisuutta, aistihavaintojen kohdistumista ja kokeneisuutta* sekä *muistia* koskevia informaation jäsennysedellytyksiä koskevaa kognitiopsykologista tietoa tarkasteltuaan Duttge tyypittelee yhteensä kahdeksan vaarojen tunnistettavuutta määrittävää ”vaaraindikaattoria”: 1) havainnollisuus (Anschaulichkeit), 2) helppopääsyisyys (Zugänglichkeit), 3) kooditus (Kodierung), 4) ajankohta ja aikaväli (Zeitpunkt und Zeitraum / Regelmäßigkeit), 5) vaarantamisen todennäköisyys (Gefährdungswahrscheinlichkeit), 6) vahinkoseurauksen merkit (Signalisierte Schadensfolge), 7) vaaraindikaation riippuvaisuus kolmannen toiminnasta (Abhängigkeit der Gefahrenindikation von Verhaltensweisen Dritter) sekä 8) varoitusaika (Vorwarnzeit).⁸⁹⁹ Näiden indikaattorien varaan Duttge lopulta perustaa tuottamuksen määritelmänsä. Kyse on kokonaisarvionnista, jossa jokainen edellisistä vaaran tunnistettavuutta kuvaavasta indikaattorista tai kategoriasta on huomioitava siten, että ne voivat myös kompensoida toinen toisiaan. Asian selkeyttämiseksi Duttge jakaa jokaisen kategorian voimakkuutensa perusteella neljään eri asteeseen. Lopputuloksena on vaaran tunnistettavuutta kuvaava kahdeksan havaintokategorian (Wahrnehmungskategorien) ja niistä jokaisen osalta neljän havainnoinnin tason (Wahrnehmungsstufen) varaan rakentuva kenttä. Kompensatorista kokonaisarvointia painottaen Duttge sitoo tuottamuksen täyttymisen eri havaintokategorioiden muodostamaan keskiarvoon. Kun havainnon tasot vielä numeroidaan asteikolla 1–4, on lopputuloksena tuottamuksen arviointimalli, jossa jokainen kahdeksasta kategoriasta arvioidaan voimakkuutensa osalta numeerisesti asteikolla 1–4. Mikäli yhteenlaskettu keskiarvo on vähintään 2 on tuottamus käsillä.⁹⁰⁰

Hyvin lyhyen jo suorittamaansa oikeustapausanalyysiin pohjautuvan tarkastelun perusteella Duttge toteaa mallinsa tarjoavan niin tuomareille kuin kansalaisillekin selvän ja perustellun sekä yhdenvertaisuutta edistävän tavan arvioida rikosoikeudellista tuottamusta ilman, että tältä osin tyydyttäisiin viittamaan vain ”ennustettavuuteen” tai ”vältettävissä olevaan riskiin”. Niin ikään suppean rikosoikeusdogmaattisen tarkastelun pohjalta Duttge toteaa mallinsa sopivan yhteen niin oikeushyvien suojelun tavoitteen kuin Unrecht- ja Schuldlehren sekä uudemman normiteoriankin kanssa. Lisäksi toiminnasta pidättymisen syyttä vaadittava *riittävyys* merkitsee toisin toimimisen mahdollisuuden takaamista jokaiselle arvioinnin kohteelle. Ennen kaikkea Duttge katsoo mallinsa laillisuusperiaatteellisen epätasällisyyskiellon kannalta kestäväksi – ainakin niin kauan, kuin lainsäätäjät pidättäytyvät selventämästä tuottamuksen käsitettä.⁹⁰¹

Etenkin Duttgen hahmotteleman mallin ”selvyydestä” voidaan olla montaa mieltä. Laajuudeltaan ja seikkaperäisyydeltään Duttgen tutkimus on kuitenkin sellainen, ettei ainakaan kotimaisesta lainopista löydy tiedossani olevien tutkimusten osalta kovin lähellekään yltäviä vertailukohtia.⁹⁰² Ja juuri tässä mielessä se siis soveltuu erinomaiseksi lähtökohdaksi tuottamuksen erilaisten tutkimisen tapojen puntarointiin.

⁸⁹⁹ Duttge 2001 s. 397–423. Ks. erit. s. 421 taulukko. Perustavanlaatuisen tieteenteoreettiseen normatiivisen ja empiirisen aineksen yhdistämistä (ja siis etenkin siihen liittyviä vaikeuksia, tai jopa mahdottomuutta) koskevaan kysymykseen Duttge vastaa vetoamalla siihen, kuinka tahallisuuden käsitteen merkitsee yhtäältä kognitioon (tietämiseen ja/tai tahtomiseen) liittyvien seikkojen yhdistämistä normatiivisiin arvoarvostelmiin. Duttge painottaa, ettei tahallisuuden ja tuottamuksen välillä tältä osin ole *rakenteellista* eroa. Itse asiassa tuottamuksen käsitteen sitominen vain ”sallitun riskin” tai ”huolellisuusvelvoitteen loukkauksen” kaltaisiin käsitteisiin merkitsee kaikkien yhteyksen katkaisemista elävään elämään! (s. 366–369 ja 428–429)

⁹⁰⁰ Duttge 2001 s. 434–437. Ks. erit. s. 438 kokoava taulukko sekä myös s. 422 kuvaaja.

⁹⁰¹ Duttge 2001 s. 449, 451–454, 465 ja 486–487.

⁹⁰² Pragmaattisempaan otteeseen tottunut (vaikkapa juuri suomalainen) juristi voi toki kritisoida Duttgen esityksen (ja kai ylipäänsäkin saksalaiselle rikoslainopille tyypillistä) elämälle vierasta, vaikeatajuista ja vähintäänkin uuvuttavaa dogmaattisuutta.

Duttge erittelee tuottamuksen käsitteellisen täsmentämisen tapoina siis: 1) oikeushistoriallisen katsauksen, 2) ulkomaisiin oikeusjärjestelmiin kohdistuvan oikeusvertailun, 3) näkökulmien hakemisen siviilioikeudesta sekä 4) valtiosääntöoikeudesta, 5) oikeusfilosofisen pohdinnan, 6) normiteoreettisen arvioinnin 7) rakenteellis-dogmaattisen (tässä tapauksessa Unrecht-/Schuld - jaotteluun pohjautuvan) systematisoinnin, 8) oikeustapausanalyysin sekä 9) kognitiopsykologisen tiedon hyödyntämisen. Näiden lisäksi Duttgen työstä on havaittavissa myös selvä 10) typologisen ajatusmallin hyödyntäminen; niin edeltäneen lainopillisen keskustelun tarkastelu, oikeustapausanalyysi kuin tuottamusarvioinnin kriteeristönkin muotoilu rakentuu tuottamuskäsitysten, tuottamuskriminalisointien ja havaintokategorioiden tyypittelyyn⁹⁰³.

Mielenkiintoisena vastinparina Duttgen tuottamustutkimukselle toimii saksalaisen lainopin saralla Thomas Krögerin tohtoriväitöskirja *Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstrafat* (2016), jossa suoritetaan niin ikään suhteellisen laaja-alainen erilaisia mahdollisia metodisia lähestymistapoja koskeva kartoitus. Krögerin tavoitteena on tarkastella tuottamusproblematiikkaa kokonaisvaltaisesti Unrecht/Schuld-käsite-erottelun varassa yksittäisongelmat nimenomaisesti sivuuttaen. Tätä kautta Kröger uskoo voivansa yksinkertaistaa tuottamusrikosten rakenteellista monimutkaisuutta ja luoda pohjan yksinkertaisemmalle tuottamusarvioinnille. Tarkoituksena on toisin sanoen määrittää kriteerit tuottamuksen kannalta relevanttien seikkojen systemaattiselle ja rationaaliselle erottelulle.⁹⁰⁴

Erilaisina ajateltavissa olevina tapoina edellä mainitun tavoitteensa saavuttamiseksi Kröger nostaa Duttgen tavoin esiin vertailun suorittamisen suhteessa niin ulkomaisiin oikeusjärjestelmiin kuin siviili- ja valtiosääntöoikeuteenkin. Duttgen tavoin Kröger myös hylkää näistä jokaisen vedoten niin eri oikeusjärjestelmien (mukaan lukien eurooppalainen oikeus) kuin valtiosääntö- ja siviilioikeudenkin systemaattisen johdonmukaisuuden puutteeseen sekä siihen, ettei tuottamuskäsitteen rakenteen määrittäminen edes ole valtiosääntöoikeuden ajateltavissa oleva tehtävä.⁹⁰⁵ Nimenomaisesti Duttgeen viitaten Kröger hylkää niin ikään ”ilmavissa ja vähähappisissa korkeuksissa liikkuvan” oikeusfilosofian ja samoin myös oikeushistorian tuottamuksen rakenteen yksinkertaistamiseen kyvyttöminä. Lisäksi Kröger nostaa esiin tuottamus-käsitteen etymologisen tarkastelun, joka sekin pelkistyy hänen käsityksensä mukaan lähinnä omalle tutkimukselleen hyödyttömäksi sanojen alkuperien tarkasteluksi.⁹⁰⁶ Vielä Kröger rajaa rangaistusteoreettiset ja vaikkapa rangaistusarvoon liittyvät pohdinnat tutkimuksensa ulkopuolelle⁹⁰⁷. Duttgesta poiketen Kröger hylkää myös oikeustapausanalyysin systematiikalle vieraana ja siten niin ikään oman tutkimuksensa kannalta tarpeettomana ongelma- ja

Tämä ei muuta miksiäkään sitä, että Duttge on ilmiselvästi lukenut ja pohtinut asiaa monin verroin enemmän kuin mihin vaikkapa kotimaisen lainoppimme saralla on totuttu!

⁹⁰³ Nimenomaisesti Duttge pohtii tyyppitapausajattelun soveltumista rikosoikeuteen vasta omaa tuottamusmalliaan rakentaessaan (Duttge 2001 s. 423–429).

⁹⁰⁴ Kröger 2016 s. 19–20 ja 22.

⁹⁰⁵ Kröger 2016 s. 22–29. Kröger kyllä myöntää rikosoikeuden kansainvälistymis- ja eurooppalaistumiskehityksen sinällään voimakkaaksi, mutta katsoo kansainvälisen ja eurooppaoikeudellisen materiaalin puoleen olevan syytä kääntyä vasta, kun saksalaisten tuottamusrikosten rakenne on onnistuttu perustavanlaatuisesti analysoimaan. Siviilioikeuden osalta Kröger nostaa tuottamusta koskevan systematiikan jäsentymättömyyden ohella esiin oikeudenalan taipumuksen asiaa koskeviin objektiivis-abstrakteihin painotuksiin.

⁹⁰⁶ Kröger 2016 s. 32–40 ja 48. Oikeushistorian osalta voidaan tietysti taas huomauttaa, että Kröger rakentaa suurimman osan koko tutkimustaan saksalaisen rakennepillisen *Verbrechenslehre*-keskustelun kriittiseen arvioimiseen jaotellen käsittelyn finalismin ja sitä edeltävään aikaan (s. 49–142) sekä finalismin jälkeiseen ”tämänhetkiseen” tilanteeseen (s. 143–389). Moni olisi uskoakseni valmis nimittämään vähintäänkin näistä jaksoista ensimmäistä jonkinlaiseksi oikeushistoriaksi.

⁹⁰⁷ Kröger 2016 s. 44–47.

topiikkalähtöisenä tutkimisen tapana⁹⁰⁸. Lopulta Kröger asettaa tutkimuksensa metodiksi ”kokonaissystemaattisen käsittelyn” todeten hyvän dogmatiikan tunnusmerkiksi kyvyn tehdä asiayhteyksiä aiempaa paremmin ymmärrettäviksi. Tarkemmin ottaen Kröger asettaa lähtökohdakseen Unrecht- ja Schuld-käsitteiden varaan rakentuvan rikoksen rakenneopillisen ymmärryksen.⁹⁰⁹ Tältä pohjalta tutkimuksen rakenne määrittyy seuraavaksi: ensin Kröger käy läpi rikoksen rakenneoppia ja tuottamusta koskevaa keskustelua vuoteen 1867 ajoittamastaan Unrecht/Schuld-jaottelun alkupisteestä aina saksalaiseen rikoslainopilliseen finalismiin (s. 49–142). Tämän jälkeen Kröger arvioi varsin kriittisesti tuoreempaa aihetta koskevaa saksalaista keskustelua (s. 143–389) pyrkien lopuksi kehittämään oman Unrecht- ja Schuld-kategorioiden varaan rakentuvan järjestelmänsä (s. 390–472).

Finalismiin huipentuvan vanhemman saksalaisen keskustelun pohjalta Kröger kuvaa Unrecht/Schuld-jaotteluun pohjautuvaa rikoksen rakenneopillista jatkumoa, jossa tuottamuksen käsite on ennen kaikkea Karl Engischin sekä Hans Welzelin töiden pohjalta muodostunut ymmärretyksi kaksitahoisena, niin tunnusmerkistöön kuin syyllisyyteenkin liittyvänä kysymyksenä (*zweigeteilten Fahrlässigkeitsbegriff*). Keskustelun punaisena lankana toimineina ydinteemoina Kröger näkee ennen kaikkea (tiedottoman) tuottamuksen aineellisen luonteen sekä normiteorian.⁹¹⁰ Omasta ”kokonaissystemaattisesta” näkökulmastaan sekä ennen kaikkea Georg Freundin normiteoriasta käsin Kröger pyrkii lieventämään tuottamuksen jyrkkää kahtiajakoa. Tältä osin Kröger painottaa, ettei Unrecht- ja Schuld-käsitteitä tule ymmärtää toisistaan irrallisina – eikä esimerkiksi tuottamuksen osalta tulisi keskittyä yksinomaan objektiiviseen puoleen.⁹¹¹ Käytännössä tämä lieventäminen tapahtuu siten, että Kröger muodostaa *Unrecht*, *Schuld* ja *Strafwürdigkeit* -elementtien varaan rakentuvan tuottamuksellisten rikosten rakenteen, jossa subjektiivisia tekijöitä on mukana jo näistä ensimmäisessä *Unrecht*-elementissä⁹¹². Lopputuloksena on siis tuottamuksellisia rikoksia yleisesti kuvaava rakennemalli – eräänlainen polku, jota pitkin etenemällä tuottamuksellisen rikoksen täytyminen tai täyttymättä jääminen on todettavissa.

Krögerin tapa perustella tuottamuksen tutkimisen tapaansa tuo havainnollisesti esiin tutkimuskysymyksen ja metodin välisen vuorovaikutuksen sekä edelleen näiden riippuvuuden tutkimisen kohdetta (eli tässäkin tapauksessa lopulta *voimassa olevaa oikeutta*) koskevasta käsityksestä. Mikäli tutkimuksen tarkoituksena on tuottamusrikosten rakenteen yksinkertaistaminen ei liene kenellekään mikään yllätys, että metodiksi ”valikoituu” esitetyistä vaihtoehdoista kokonaissystemaattinen käsittely. Systemaattis-rationaaliseen kysymykseen on vaikea vastata muuten kuin

⁹⁰⁸ Kröger 2016 s. 29–32.

⁹⁰⁹ Kröger 2016 s. 40–48. Kröger käyttää ilmaisua ”gesamtsystematische Ausrichtung an Unrecht und Schuld” ja yhdistää systeemijäattelun yleensäkin tieteellisyteen sekä rationaaliseen oikeuskulttuuriin.

⁹¹⁰ Kröger 2016 s. 101–102, 138, 140–143 ja 273.

⁹¹¹ Kröger 2016 s. 320–327. Kröger painottaa, ettei rikosoikeudellista (objektiivista) vääryyttä ole olemassa ilman (subjektiivista) syyllisyyttä – ”es gebe kein strafrechtliches Unrecht ohne Schuld” (s. 328–333 ja 380). Toisensuuntaisesta riippuvuussuhteesta ks. esim. Puppe 2007 s. 392, joka korostaa Unrechten olevan Schuld-moitteen kohde (”der Gegenstand des Schuldvorwurfs”). Samoin esim. Kindhäuser 2009a s. 54. Freundin normiteoriasta ks. erit. Kröger 2016 s. 333–334. Tuottamuksen muodostumisesta konkreettisesta tekijästä ja tämän teonhetkisestä (ex ante) tilanteesta irralliseksi objektiiviseksi ja abstraktiksi arvioinniksi oli huolissaan jo Duttge (ks. erit. myös Duttge 2014 s. 266–268). Vrt. vielä Pawlik 2012 s. 257–298, joka pyrkii korvaamaan koko Unrecht/Schuld-erottelun yhtenäisellä *Unrecht des Bürgers* -käsitteellä ja näin siis tavallaan yhtenäistämään koko syyksi lukemista koskevan saksalaisen opin.

⁹¹² Kröger 2016 erit. s. 390–407. Unrecht ja Schuld -elementtien täydentämistä Strafwürdigkeit-elementillä ehdotti 1970-luvulla jo Winrich Langer 1972 erit. s. 273–363. Ks. myös Langer 2007, joka luonnehtii Strafwürdigkeitä eräänlaiseksi yhteiselämän perusteiden häiritsemiseksi – ”der gemeinschaftszerstörende Angriff auf die Grundlagen des Zusammenlebens”. Ks. vielä Otto 1978.

systemaattis-rationaalisesti. Taustalla vallitsee uskoakseni tietynlainen käsitys voimassa olevasta oikeudesta sekä lainopillisen tutkimuksen roolista sen täsmentäjänä. Krögerille tämä merkitsee yhdenvertaisuutta ja ennustettavuutta palvelevaa mahdollisimman yksinkertaista tapaa erottaa relevantit seikat ei-relevanteista – yleistä ”*Prüfungsschema*”, jonka kohta kohdalta läpikäyminen tuottaa vastauksen, jonka mukaan tuottamuksellinen rikos joko täyttyy tai ei täyty. Tämänkaltaista systemaattista ”askel-askeleelta” etenimistä voitaneen pitää hyvin tyypillisenä juuri saksalaiselle rikoslainopilliselle ajattelulle⁹¹³.

Tässä mielessä Krögerin metodinen pohdinta jää lukijan kannalta mielenkiinnottomaksi ja tarpeettomaksi. Tutkimusintressin tultua jo kohdennetuksi tuottamuksellisten rikosten rakenteen kokonaisvaltaiseen tarkasteluun ja lainopin tehtäväkin rajatuksi systemaattis-rationaaliseksi yhdenvertaisuuden ja ennustettavuuden turvaajaksi vaikuttaa aikalailla turhalla enää tämän jälkeen todeta vaikkapa valtiosääntöoikeuden tehtäväksi jokin ihan muun kuin tuottamusrikosten rakenneopin määrittäminen, taikka EU-rikosoikeus systemaattisen johdonmukaisuutensa osalta (saksalaisen lainopin näkökulmasta) riittämättömäksi.

Omassa tutkimuksessa omaksumani eklektinen tarkastelutapa edellyttää katseen pitämistä vielä tältä osin avarampana. (Joskin kansainvälisen ja EU-rikosoikeuden olen toki itsekkin tullut jo rajanneeksi oman tutkimukseni ulkopuolelle.) Niin Duttgen kuin Krögerinkin metodivalintojen ja niiden kautta saavutettujen tulosten mielekkyydestä voi luonnollisesti olla hyvin eri mieltä. Erilaisia näkemyksiä löytyykin kaikkien Duttgen ja Krögerin erittelemien tuottamuksen tutkimisen tapojen saralta – niin myös muutamalta heidän kokonaan sivuuttamaltaan tuottamuksen tutkimisen tavalta.

Erittelen seuraavaksi lyhyesti tiedossani olevia tuottamuksen tutkimisen tapoja.

3.3.1 Oikeushistoria

Niin Ellen Schlüchter (*Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit* (1996)), Gillis Erenius (*Oaktsamhet* (1971) ja *Criminal Negligence and Individuality* (1976)), Samuel Cavallin (*Skuld* (1999)) kuin Andreas Anderbergkin (*Straffbar oaktsamhet* (2015))⁹¹⁴ ovat omissa tuottamustutkimuksissaan suorittaneet historiallisia katsauksia tuottamusta koskevaan oppi- ja aatehistoriaan. Kyseisissä rikoslainopillisissa töissä kyse on tältä osin tosin lähinnä (vähintäänkin) toisen käden lähdemateriaaliin perustuvista ja varsin suppeista katsauksista, joissa ”modernin tuottamuskäsityksen” syntytarinaa kuljetetaan antiikin kreikkalaisista ja roomalaisista keskiajan postglossaattorien ja kanonisen oikeuden kautta teollistumiseen ja lopulta nykypäivään. Teoksille yhteisenä ajatuksena on, että *culpa*-käsitteen juuret ovat sinällään löydettävissä antiikista, mutta nimenomaan itsenäisenä rikosoikeudellisen syyllisyyden muotona se alettiin ymmärtää vasta italialaisten postglossaattorien ja kanonisen oikeuden tutkijoiden jatkokehitysmien pohjalta. Ja vasta teollistuminen ja

⁹¹³ Erinomaisena esimerkkinä ks. vaikkapa Rengier 2017 s. 59–67, jossa rikosoikeuden opiskelijaa perehdytetään kolmiportaisen rakenneopin käyttöön erityisen *Fallbearbeitung*-työskentelytavan muodossa, jossa rikosvastuun täyttymistä erilaisissa tapauksissa arvioidaan astelemalla orjallisesti rakenneopin portaita peräjäälkeen ”joustavuuden” merkitystä lähinnä mahdollisuutta tilanteen salliessa yhdistää useamman vastuuopin otsikon yhdistämistä samaan käsitteilykappaleeseen.

⁹¹⁴ Schlüchter 1996 s. 28–66, Erenius 1971 s. 30–66, Erenius 1976 s. 25–52, Cavallin 1999 s. 410–415 ja Anderberg 2015 s. 26–39.

sen esiin nostamat uudentyypiset vastuukysymykset nostivat myös tuottamuksen rikosoikeudellisesti olennaiseksi teemaksi.⁹¹⁵

Rajanveto varsinaisen oikeushistorian ja vaikkapa vain aiemman lainopillisen keskustelun läpikäynnin (ja siis siihen osallistumisen) välillä ei tietysti ole kovin helppoa. Erityisesti saksalaisille tutkimuksille on melko tyypillistä hyvinkin seikkaperäinen aiemman lainopillisen keskustelun esittely⁹¹⁶. Esimerkiksi sekä Gunnar Duttge että Thomas Kröger suorittavat molemmat jo mainituin tavoin noin sadan sivun (tai Krögerin tapauksessa siis liki 350 sivun, jos huomioidaan myös ”tuorempi” keskustelu!) katsauksen aiempaan keskusteluun hyläten kuitenkin samalla varsinaisen oikeushistorian käyttämisen tutkimisensa menetelmänä. Myös Cavallin suorittaa omassa tutkimuksessaan varsin kattavan erittelyn ”moderneista” saksalaisista ja ruotsalaisista – ja hyvin pintapuolisesti myös muista pohjoismaisista sekä common law -tradition piiriin lukeutuvista – aiemmista tuottamusoikeuksista. Niin ikään Dirk Sauer (*Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung* (2003)) aloittaa tutkimuksensa ”teoreettisella” eli aiempaan rikoslainopilliseen tuottamusdogmatiikkaan keskittyvällä varsin perusteellisella jaksolla.⁹¹⁷ Ymmärrettäessä lainoppi ennen kaikkea muiden esittämien ajatusten kanssa käytäväksi keskusteluksi, sisältyy muiden esittämiin ja siis *aiempiin* ajatuksiin liittyviä ”oikeushistoriallisia” katsauksia käytännössä jokaiseen tutkimukseen.

3.3.2 ”Perinteinen” oikeusvertailu

Nimenomaan oikeusvertailuun (”perinteisessä” valtiorajoja noudattaviin oikeusjärjestelmiin pelkistävässä mielessä) ovat rikosoikeudellista tuottamusta koskevat tutkimuksensa perustaneet muun muassa Aurelia Colombi Ciacchi (*Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit* (2005)), Fabian Pfefferkorn (*Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht* (2006)) sekä Gillis Erenius (*Criminal Negligence and Individuality* (1976)). Lisäksi pohjoismaiden ohella niin saksalaiseen kuin common law -traditionkin piiriin ulottuva oikeusvertailu muodostaa keskeisen teeman myös Samuel Cavallinin tutkimuksessa, joka sinällään on ehkä pikemminkin syyllisyysopillinen, mutta jossa kuitenkin juuri tuottamus saa lopulta hyvin keskeisen roolin (*Skuld* (1999))⁹¹⁸.

Ciacchi vertailee saksalaisessa ja italialaisessa rikosoikeudessa omaksuttuja tuottamuskäsitteitä pitäen silmällä sitä, kuinka ne onnistuvat täyttämään omien valtiosääntöoikeusjärjestelmiensä niille rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kautta asettamat täsmällisyysvaatimukset. Pfefferkorn vertailee puolestaan ranskalaista ja saksalaista tuottamusdogmatiikkaa näkökulmanaan se, miten rikosvastuuta on tuottamuksen alarajan (”lievän” tuottamuksen) kohdalla yritetty rajoittaa. Tutkimuksen taustalla ovat yhtäältä kaksi Ranskassa 2000-luvun taitteessa toteutettua ja tuottamuvastuun supistamiseen tähdännyttä rikoslakireformia sekä toisaalta asiasta Saksassa 1960-luvulta alkaen käyty keskustelu, joka ei kuitenkaan Ranskasta poiketen ollut johtanut lainsäädäntöuudistuksiin. Erenius pyrkii puolestaan kuvaamaan niin

⁹¹⁵ Ks. erit. Anderberg 2015 s. 27, 35 ja 38–39, Erenius 1971 s. 34–35 sekä Erenius 1976 s. 20, 30–32, 46 ja 78, joista jälkimmäisessä Erenius nostaa keskeiseksi väitteekseen, että modernin rikosoikeuden ymmärtämä tuottamus on kehittynyt siviilioikeudesta ja pikemmin *casuksen* kuin *doluksen* pohjalta. Erilaisista kehitysvaiheista ks. esim. Schlüchterin 1996 s. 63 esittämä eri kausien syyksiluettavuusmalleja esittävä kuvaaja.

⁹¹⁶ Esim. saksalaisen rikosoikeuskirjallisuuden vahvan aseman omassakin lähdemateriaalissaan tunnustava Tapani 2004 s. 13 toteaa saksalaisten väitöskirjojen erityispiirteeksi sen, kuinka kirjoittajat joutuvat käyttämään suuren osan teoksestaan historiaosuuteen sekä kommentaarityypiselle analyysille.

⁹¹⁷ Cavallin 1999 s. 445–578 ja Sauer 2003 s. 7–280.

⁹¹⁸ Cavallin 1999 s. 18–19.

saksalaista, anglo-amerikkalaista kuin skandinaavistakin tuottamuskustelua sekä selvittämään oikeuskäytäntöä vertaillen niin erilaisia rikosvastuuta kuvaaville käsitteille (kuten vaikkapa *mens rea* ja *Schuld* sekä *negligence* ja *Fahrlässigkeit*) kuin konformiteetti- ja peittämisperiaatteille annettuja erilaisia merkityssisältöjä kyseisissä oikeuskulttuureissa.⁹¹⁹

Tältä osin on syytä nostaa esiin myös Jeroen Blomsman kunnianhimoinen yritys tiivistää yleis-eurooppalaisen rikosoikeusjärjestelmän (ja samalla EU-rikosoikeuden niin sanotun ”yleisen osan”) tarpeita vastaavat niin syyksiluettavuutta kuin vastuuvapausperusteitakin koskevat yleiset periaatteet EU-jäsenmaiden rikosoikeusdoktriinista, olemassa olevasta EU-rikosoikeudesta sekä EIT:n oikeuskäytännöstä (*Mens rea and defences in European criminal law* (2012)). Blomsman tutkimus jatkaa jo 1900-luvun lopussa yleisemmälläkin tasolla virinnyttä haavetta luoda jonkinlaiset yhtenäiset eurooppalaisen rikosoikeuden yleiset vastuuo-pit. Myös Ciacchi mieltää oman tutkimuksensa osallistumiseksi kyseiseen hankkeeseen – joskin jo Saksaan ja Italiaan rajoittuvan näkökulmansa johdosta huomattavasti vaikkapa Blomsmaa välillisemmin.⁹²⁰

3.3.3 Vertailu muihin oikeudenaloihin

Rikosoikeuden ohella monet siviilioikeuden osa-alueet käsittelevät erilaisia inhimillisen vastuun ja vastuullisuuden kysymyksiä. Niin vahingonkorvaus-, sopimus- kuin vakuutus-oikeuskin tukeutuvat tahallisuuden ja ehkä vielä erityisemmin tuottamuksen käsitteisiin. Tältä osin on selvää, että siviilioikeus tarjoaa monessa mielessä mielenkiintoisen vertailukohtaan myös rikosoikeudellisille syyksiluettavuusopeille – ja päinvastoin. Esimerkiksi vahingonkorvausoikeudellista tuottamusta tutkinut Vilja Hahto (*Tuottamus vahingonkorvausoikeudessa* (2008)) kuljettaa tuottamusvastuun yleisiä elementtejä koskevassa tutkimuksensa yleisessä osassa rikosoikeudellisia näkökohtia vahingonkorvausoikeuden rinnalla todeten niin vahingonkorvausoikeudellisen oikeuskäytännön kuin alan yleistestostenkin häilyvän tuottamusvastuun osalta suoran rikosoikeudellisen lainan ja itsenäisen vahingonkorvausoikeudellisen käsitteistön välimaastossa.⁹²¹ Hahto toteaa oikeudenalojen perustuvan varsin erilaisille lähtökohdille⁹²², mutta niiden

⁹¹⁹ Ciacchi 2005 s. 8, Pfefferkorn 2006 s. 21–25 ja Erenius 1976 esim. s. 130 ja 136.

⁹²⁰ Blomsma 2012 s. 4–5 ja 15 sekä Ciacchi 2005 s. 8 ja 189, joka uskoo tuottamusopillisten ongelmien hälventämiseen yleiseurooppalaisella ”AT”-llä (*allgemeiner Teil* – yleiset opit), jonka luomisen hän tosin toteaa edellyttävän lopulta kaikkien Euroopan maiden välistä oikeusvertailua. Lisäksi Ciacchi puhuu myös eurooppalaisen rikosoikeuden valtiosääntöistämisyhteistyöstä (Projekt der Konstitutionalisierung des europäischen Strafrechts), johon haluaa niin ikään tutkimuksellaan osallistua. Tältä osin on syytä huomata, ettei Blomsmakaan pääse toki lähellekään tavoittelevaansa ”yleis-eurooppalaisuutta”. Blomsma jakaa vain EU-jäsenmaat vain neljään ryhmään, joista niistäkin vain kolmesta on varsinaisen tarkastelun kohteeksi valittu kustakin lopulta vain yksi maa. Käytännössä Blomsma tutkii siis Englannin, Hollannin ja Saksan rikosoikeusjärjestelmiä sekä EU-rikosoikeuden erilaisia instrumentteja ja EIT:n oikeuskäytäntöä. (Blomsma 2012 s. 19) Puhe ”yleis-eurooppalaisuudesta” osoittautuuinkin tässä mielessä varsin harhaanjohtavaksi, eikä asiaa juuri muuta se, että Blomsma kertoo esitelleensä tutkimustuloksiaan teoksen julkaisemista edeltäneessä konferenssissa, jossa useiden muidenkin maiden rikosoikeusjärjestelmiä edustavat asiantuntijat saivat esittää kommenttejaan (s. 19–20). Suomalainen voi havaita tämän konkreettisesti vaikkapa siitä, kuinka *dolus eventualis* pelkistyy ennen kaikkea (vaikkapa Suomessa RL 3:6:n säättämisen muodossa hylätyksi tullee) ns. positiivisen tahtoteorian mukaiseksi malliksi (ks. s. 99–134), vaikkakin Blomsma itse kyllä suhtautuu hyvin positiivisesti tahallisuuden näyttämiseen yksinomaan tietoisuuden pohjalta (esim. s. 511 ja 546) (kuten vaikkapa suomalainen todennäköisyystahallisuusmalli edellyttää).

⁹²¹ Hahto 2008 s. v, 9 ja 11. Hahto itse nojautuu rikosoikeudelliseen käsitteistöön ainakin tilanteissa, joissa vahingonkorvausoikeudellista tutkimusta ei yksinkertaisesti ole. Ks. samoin jo Hahto 2004 s. 533–534. Esim. rikosoikeudellisesta *teon ja tekijän* huolimattomuuden erottelavasta keskustelusta lähtökohhtia vahingonkorvausoikeudellisen vastuun jäsentämiselle ovat hakeneet myös Juha Karhu ja Petteri Korhonen (Pöyhönen–Korhonen 1996 s. 214 sekä Pöyhönen 2001 s. 80 ja 87–88, jossa tarkastelu ulottuu myös sopimusoikeuteen).

⁹²² Oikeudenalojen erilaisista perusasetelmista ja -tavoitteista ks. Hahto 2008 s. 18 ja 67. Hähdön mukaan vahingonkorvausoikeutta hallitsee vahingonaiheuttajan ja vahingonkäräjän etujen tasapainottaminen, minkä johdosta huomion keskipisteeseen ei ole mahdollista asettaa menettelyn moitittavuutta. Monissa tilanteissa niin vahingonkäräjä sen enempää kuin sen aiheuttajakaan eivät välttämättä ”ansaitse” joutua vastaamaan vahingosta, mutta ratkaisu on tästä huolimatta tehtävä

muodollisen yhteyden katkenneen Suomessa vasta itsenäisen vahingonkorvauslain korvattua aiemmin rikosperusteista vahingonkorvausta koskeneen rikoslain 9 luvun vuonna 1974. Tältä osin on syytä mainita myös Hahdon väitöskirja (*Uhrin myötävaikutus ja rikoksentekijän vastuu* (2004)), jossa Hahto selvittää asianomistajan menettelyn vaikutusta niin rikoksentekijän rikos- kuin vahingonkorvausoikeudelliseenkin arviointiin. Eri tahojen *myötävaikutukseen* liittyvät vastuukysymykset merkitsevät niin rikos- kuin vahingonkorvausoikeudessaakin tuottamus- ja kausaalisuusoppien rajapintojen erityiskysymystä⁹²³.

Rikosoikeuden puolella erityisesti Ari-Matti Nuutila on korostanut rikosoikeuden muihin oikeudenaloihin muodostamien suhteiden merkitystä ja rikosoikeuden tätä kautta saamia ”systeemi-impulsseja”. Hajanaisia näkökohtia lukuun ottamatta Nuutila itse ei suorita tuottamuksen osalta varsinaisia laajempia aihetta koskevia oikeudenalat ylittäviä vertailuita, vaan tyytyy lähinnä korostamaan rikos- ja vahingonkorvausoikeuden välistä ”löytymässä olevaa yhteyttä”. Käytännössä tämä merkitsee Nuutilan väitöskirjassa siviilioikeudellisen ajattelun varsin abstraktisluontoista hyödyntämistä siten, että huomiota kiinnitetään tekijän syyllisyyden sijaan pikemminkin erilaisiin laajempiin sosiaalisiin rooleihin sekä ylipäänsä rikosoikeuden merkitykseen yhteiskunnalle hyötyä tuottavana välineenä (eli rikosoikeuden ”sosiaaliseen rooliin”) – mikä sopii tietysti erinomaisesti yhteen juuri painopisteen siirtämiseen tekijän syyllisyydestä objektiiviseen teon huolimattomuuteen – *syyllisyyden sijaan vastuullisuuteen*.⁹²⁴

Valtiosääntöoikeuden ja rikosoikeuden suhteen osalta saksassa on käyty jo pitkään varsin kiivasta keskustelua rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen sisältyvän epätasällisyyksiellon ja rikosoikeudellisen tuottamuskäsitteen yhteensopivuudesta⁹²⁵. Tavallaan kyse on näkökulmasta jo mainitun tuottamuksen

jommankumman haitaksi. Uhrin myötävaikutuksen merkitystä niin rikosoikeudellisen ja vahingonkorvausoikeudellisenkin vastuun osalta arvioivassa väitöskirjassaan Hahto näyttäisi sen sijaan ymmärtävän vahingonkorvausoikeuden oikeutusperustan varsin lähelle rikosoikeutta. Hahto nostaa vahingonkorvausoikeuden olemassaolon taustalle kaksi tehtävää: 1) jo aktualisoituneiden vahinkokustannusten jaosta päättämisen (reparaatio) sekä 2) vielä tapahtumattomien vahinkojen ennaltaestämisen (preventio). (Hahto 2004 s. 85–87 ja 96) Vrt. sen sijaan esim. Viljanen 2005 s. 427–428, joka korostaa vahingonkorvausoikeuden taustalla vaikuttavan ”moraalisen alitajunnan” itseisarvoisuutta. Tähän liittyy Viljanen pyrkii tuomaan *huolellisen ihmisen identiteetin* käsitteen osaksi vahingonkorvausoikeudellista tuottamusarviointia. Ks. rikos-, vahingonkorvaus- ja yhtiöoikeudellisten tuottamuskäsitteiden taustalla vallitsevista keskeisistä eroista varsin suppeasti myös Nissinen 1996 s. 217–221, joka päätyy pitämään eroja siinä määrin olennaisina, että suhtautuu etenkin analogian laajaan käyttöön varauksellisesti.

⁹²³ Hahto 2004 s. 5–6.

⁹²⁴ Nuutila 1996 s. 24 ja 86. Esim. liberalistisen ja hyvinvointivalttiollisen oikeusmallin painopisteen muuttumisen osalta Nuutila nostaa esiin myös siviilioikeudellisen näkökulman (s. 44–49). Väitöskirjaa selvemmin siviilioikeudelliset näkökohdat tulevat nähdäkseni esiin Nuutilan rikosoikeuden yleisen osan oppikirjassa 1997b, jossa hän toteaa rikosoikeuden muistuttavan entistä enemmän konfliktinratkaisumekanismeja ja kertoo hyödyntävänsä ”siviilioikeudellista ajattelua” niin uhrin menettelyn, erilaisten vastuuvapausperusteiden kuin sosiaalisiin rooleihin liittyviä toiminnallisia velvoitteitakin arvioidessaan (1997b s. 8–9). Lisäksi Nuutila yhdistää hyvinvointivalttiollisen rikosoikeuden työturvallisuutta, tuoteturvallisuutta ja tieliikennettä koskeviin kysymyksiin, joissa rikosoikeutta käytetään yhä enemmän yhteiskunnallisen ohjaamisen välineenä (s. 19).

⁹²⁵ Keskustelu on ollut erityisen aktiivista 2000-luvulla. Eräänlaisina jakolinjoina voidaan mainita: *ensinnäkin* Duttge 2001 s. 161–201, Duttge 2003 s. 20, Duttge 2014 s. 268, Ciacchi 2005 s. 32 ja 77–78 sekä Schmitz 2010 s. 198, joiden näkemyksen mukaan epätasällisyyksiello koskee *jokaista* rangaistavuuden alaa määrittävää edellytystä, minkä johdosta esim. tuottamuskäsite on mahdollista todeta joko epätasällisyyksiellon mukaiseksi tai sen vastaiseksi (esim. Ciacchi 2005 s. 33 ja 37–38 toteaa nimenomaisesti, etteivät muut sinällään ehkä hyvinkin täsmälliset rikosvastuun tekijät voi kompensoida itsessään epätasällista rikosvastuun edellytystä). *Toista* mieltä on ollut eritoten Herzberg 2005 s. 31–32 ja 55, joka päättelee edellisen kannan johtavan ensinnäkin kaikkien tuottamusta edellyttävien rikostunnusmerkistöjen perustuslainvastaisuuteen, ja huomauttaa lisäksi, ettei esim. Duttge asiaa koskevasta liki 500-sivuisesta tutkimuksesta huolimatta ole edes esittänyt säännöshetkistä tuottamuksen määrittämiseksi. Herzberg sen sijaan hyväksyy Bernd Schünemannin 1978 s. 35–37 kehittelemän kompensatiomallin, jonka puitteissa sinällään epätasällinen tuottamustunnusmerkki voi tulla hyväksyttäväksi muiden täsmällisempien tunnusmerkistökiteijöiden kautta. Ks. myös Eberhard Schmidhäuser 1987 s. 240–241, joka näkee epätasällisyyksiellon oikeusvaltiollisena utopiana todeten, ettei puolitoista vuosisataa vanhaa valistusajan optimismia kadunmiehen kyvystä ymmärtää rikosoikeutta tulisi ottaa kirjaimellisesti muistuttaen edelleen, että näin toimittaessa olisi rikosoikeudelliset säännökset laadittava katukyltlien tapaan; ”Huomio! Työmaa-alue.”, ”Nurmikon tallaaminen kielletty!” jne. Ks. vielä esim. Bohnert 1982 s. 70–71, joka puhuu suoranaisesti avoimen tuottamustunnusmerkistön opista (Lehre vom offenen Fahrlässigkeitstatbestand) viitaten siihen, kuinka tuottamuksen tarkempi konkretisointi on jätettävä tuomioistuimille (, mitä

osalta vallitsevan epäselvyyden tilan yleiseen päivittelyyn. Duttgen ja Krögerin esittämän tavoin kyse on ollut jonkinlaisen täsmällisyyden standardin määrittämisestä rikosoikeudelliselle tuottamuksen käsitteelle – ei tuottamuksen määrittelemisestä valtiosääntöoikeudellisesti.

Mielenkiintoisena ja melko tuoreena kotimaisena tutkimuksena voidaan tältä osin mainita vielä Timo Saranpään artikkeli *Casus mixtus cum culpa -periaate osana vahingonkorvausoikeuden järjestelmää* (2015), jossa Saranpää arvioi ruotsalaisesta Högsta domstolenin prejudikatuurista löytämänsä (ja edelleen tietysti roomalaiseen oikeuteen pohjautuvan) *casus mixtus* -opin soveltuvuutta kotimaiseen oikeuteen – ennen kaikkea vahingonkorvausoikeuden yleisiin oppeihin, ja vielä tarkemmin rikosvahingon korvaamiseen moottorikulkuneuvon käyttövarkauden (RL 28:9a) ja luvattoman käytön (RL 28:7) yhteydessä. Perinteisen valtiorajat ylittävän oikeusvertailun ohella tematiikassa yhdistyvät hyvin mielenkiintoisella tavalla niin rikos-, vahingonkorvaus-, vakuutus- kuin siviiliprosessioikeudellinenkin näkökulma tilanteeseen, jossa liikutaan tuottamuksen ja tapaturman rajamaastossa.⁹²⁶

3.3.4 Oikeusfilosofia

Olen edellä asettunut kannattamaan ajatusta siitä, kuinka oikeusfilosofian erottaminen jonkinlaiseksi omaksi (ja siis muista irralliseksi) oikeuden tutkimisen tavakseen on paitsi vaarallista myös loppujen lopuksi mahdotonta⁹²⁷. Tässä mielessä kaikki tuottamustutkimukset sisältävät myös oikeusfilosofiaa – aivan kuten myös jonkinlaista vertailua. Oikeusfilosofialle annettu rooli ja painoarvo tietysti kuitenkin vaihtelevat. Selkeä esimerkki tuottamusta (laajassa mielessä) käsittelevästä oikeusfilosofisesta tutkimuksesta on nähdäkseni tässä jo käsitelty Kimmo Nuotion väitöskirja *Teko, vaara, seuraus* (1998). Toisena ja niin ikään tuottamusta vain laveassa mielessä käsittelevänä ja jo mainittuna tutkimuksena voidaan nostaa esiin niin ikään jo käsitelty Michael Pawlikin *Das Unrecht des Bürgers* -teos (2012), jonka lopussa myös tahallisuus ja tuottamus nousevat esiin kansallaisen myötävaikutusvelvollisuuden loukkauksen määrään vaikuttavina tekijöinä.

Bohnert ei tosin näe mitenkään täysin ongelmattomaksi). Ks. vielä Dannecker 2007 s. 29–30 ja 40, joka tunnistaa asiaa koskevan painopistemuutoksen Bundesverfassungsgerichtin oikeuskäytännössä siten, että laillisuusperiaatteen on entistä selvemmin ymmärretty soveltuvan myös rikosoikeuden yleiseen osaan.

⁹²⁶ Saranpää 2015. Kyse on siis tilanteista, joissa ”tapaturmaan sekoittuu tuottamus” siten, että toisen omaisuutta luvatta tai sopimuksenvastaisesti käyttänyt henkilö saattaa joutua korvausvastuuseen itse aiheuttamiensa vahinkojen lisäksi myös sellaisista muista vahingoista, joita esineelle aiheutuu sen ollessa poissa omistajansa määräysvallasta (s. 281–282) – malliesimerkkinä tapauksen KKO 2012:3 tilanne, jossa A oli jättänyt luvatta käyttöönsä ottamansa ja kolaroimansa auton ulosajopaikalle vaurioituneena siten, että auto oli myöhemmin löydyntä samasta paikasta kokonaan poltettuna. Erilaisia oikeudenalakohtaisia näkökulmaeroja voi havainnollistaa vaikkapa tavalla, jolla Saranpää siviili(prosessi)oikeudellisista lähtökohdistaan nostaa esiin *casus mixtus* -opin osalta (ainakin siis Ruotsissa) vallitsevan epäselvyyden siitä, soveltuuko se vain tahalliseen vai myös huolimattomaan menettelyyn, ja toteaa tähän liittyen vain ”semanttiseksi argumentiksi” sen, että opin nimi näyttäisi viittaavan nimenomaan *tuottamuksen* (culpa) sekoittumiseen tapaturmaan (casus). Samalla Saranpää ilmoittaa pitävänsä riskinjakonäkökohtia semanttikkaa perustellumpina. Tällaisena riskinjaollisena argumenttina Saranpää esittää olevan ”kohtuullisempaa, että vastuun vahingosta kantaa esineen omistajan sijasta se, joka kyseisen vahingon huolimattomuudellaan aiheuttaa”. (s. 304–305) Käsitteelliseen tarkkuuteen tottunut (tai sellaiseen edes pyrkivä) rikosoikeusoppinut tietysti ihmettelee, eikä koko ongelman ydin alun perin ole se, ettei kyse ole ”huolimattomuudella aiheuttamisesta”, vaan tapaturmasta, jonka osalta pohditaan voiko siihen sekoittaa tuottamusta (tai Saranpään mukaan siis ehkä tahallisuuttakin). Esittäessään kohtuusperusteisen kantansa Saranpää tulee rikoslainopin raskauttaman näkemykseni mukaan heittäneeksi roskakoriin koko *casus mixtus* -oppinsa. Mihin sitä enää tarvitaan, jos Saranpää jo tietää vahingon aiheutetun huolimattomuudella? Eivätkö ihan tavalliset huolimattomuudella aiheuttamista koskevat vastuupit tällöin riitä? Siviili(prosessi)oikeuden näkökulmasta ehkä hyvinkin hieno kohtuusargumentti näyttyytys rikosoikeuden kannalta turhalta ristiriidalta, jollaisen varassa ei ainakaan ketään pitäisi mennä rikoksesta tuomitsemaan. Rohkenen arvella näkemyseromme taustalla piilevän se, että culpa näyttäisi Saranpään esityksessä häilyvän niin kausaalisuuden kuin huolimattomuudenkin välillä, vielä selvästi enemmän kuin mitä rikosoikeuden piirissä on tapana. Juuri tällaiset mielenkiintoiset näkökulmaerot ovat joka tapauksessa sitä, mitä oikeudenaloja vertailemalla helposti saavuttaa.

⁹²⁷ Jos siis joku häätää teoreettisen lainopin paraatiovesta ulos, ei aikaakaan, kun se jo hiipii keittiönovesta takaisin. Ei ole olemassa teoritonta juridiikkaa.” (Aarnio 1997 s. 45) (Aarnio 2006 s. 184 korvaa ”teoreettisen lainopin” ontologian ongelmalla ja sivulla 43 edelleen ”jonkun” tuomarilla ja ”teoreettisen lainopin” oikeudenmukaisuudella.)

Uuskantilaiseksi luonnehtimansa käsityksen mukaisesti Pawlik korostaa sekä tahallisuudessa että tuottamuksessa olevan kyse luonnollisen ilmiön sijaan sosiaalisesta tulkinnasta – juridis-teknisistä käsitteistä, joilla ihmistoiminnan oikeudelliselle arvioinnille asetetaan tietyt edellytykset. Pawlikin teorian mukaisena edellytyksenä on niin tahallisuuden kuin tuottamuksenkin kohdalla se, *ettei tekijä motivoitunut täyttämään toimintansa taustalla vallitsevaa käyttäytymisnormia, vaikka hänen olisi kohtuus huomioiden näin tullut tehdä*. Näin Pawlik yhdistää koko syyksiluettavuuden mieltämisteoriaan siten, ettei kyseessä kuitenkaan tarvitse olla aktuaali tietoisuus käyttäytymisnormin rikkomisesta, vaan pelkkä vaatimus siitä, että tämä *olisi kohtuudella pitänyt tietää*, on riittävä.⁹²⁸ Lopulta Pawlikin syyksiluettavuusoppi rakentuu siis konditionaalisen tuottamusmuotoilun varaan – ”olisi kohtuudella pitänyt tietää”.

Niin Nuotion kuin Pawlikinkin teosten kohdalla on syytä huomata, ettei niissä tavoitellakaan kovin seikkaperäistä tuottamusopillista – tai ylipäänsä voimassa olevan oikeuden – kuvausta, vaan tavoitteenasettelu on huomattavasti abstraktimmalla – teoreettis-filosofisemmalla – tasolla. Nuotio pyrkii ”selvittämään rikosvastuun syyksilukemisen rakenteiden ja kausaalisuuden sekä vaaran käsitteiden asemaa ja merkitystä niissä” ja saattamaan tätä kautta vaarantamisrikosoikeuden osaksi modernia rikosoikeutta. Pawlik pyrkii puolestaan luomaan kokonaan uudenlaisen rikoksen rakenneopin ja samalla luomaan mallin *tieteellisestä* (rikosoikeus)dogmatiikasta.

Tuottamustutkimusta voisi toteuttaa myös vaikkapa korostuneen yhteiskuntafilosofisesta näkökulmasta. Hyvin alustavan tason esimerkkinä tämänkaltaisesta, joskin tarkalleen ottaen taas vaarantamista koskevasta, tutkimuksesta voidaan pitää vaikkapa Jari Laasanen tekstiä *Abstraktinen vaara – vaarantamisrikoksista hyvinvointivaltion rikosoikeudessa* (2004), jossa Laasanen kehittelee niin vaarantamiseen kuin huolellisuusveloitteisiinkin liittyvää ajattelua François Ewaldin ja Jürgen Habermasin normi- ja toimintaympäristöteorioiden pohjalta⁹²⁹.

3.3.5 Rakenteellis-systemaattinen dogmatiikka

Selkein esimerkki rakenteellis-systemaattisesta modernista tuottamusdogmatiikasta on jo edellä mainittu Thomas Krögerin tohtoriväitöskirja, jossa pyrkimyksenä on luoda yleinen ja siis kokonaisvaltainen tuottamuksen rakennemalli. Toinen esimerkki rakenteellis-systemaattisesta tuottamuksen lähestymistavasta on niin ikään jo mainittu Fabian Pfefferkornin tohtoriväitöskirja, jossa nimenomaan saksalaisen rikosoikeusdogmatiikan näkökulmasta kirjoittava Pfefferkorn tarkastelee ranskalaista tuottamusoppia, jota tosin saksalaisesta näkökulmasta on vaikeaa *opiksi* tunnistaakaan. Pfefferkorn on jatkuvissa vaikeuksissa ranskalaisen terminologisen ja systemaattisen vaihtelevuuden ja epäselvyyden kanssa. Ranskalainen sääntely perustuu kyllä sinällään erilaisille analyttisluontoisille erotteluille (suora/epäsuora kausaalisuus ja esim. *faute délibérée* / *faute caractérisée*), mutta Pfefferkornin kaipaama selkeä ”käsite-dogmaattinen” erittely loistaa poissaolollaan.⁹³⁰ Pfefferkorn

⁹²⁸ Pawlik 2012 s. 363–379 ja 380–381 ja 404–406

⁹²⁹ Laasanen 2004 erit. s. 350–352.

⁹³⁰ Pfefferkorn 2006 s. 139–159. Pfefferkorn toteaa jo rikoksen yleisiä rakenneopillisia elementtejä koskevan systematiikan ja terminologian vaihtelevan pelkästään oppikirjatasolla Ranskassa huomattavasti. Yleensä rikoksen rakenteen pääkategoriat ovat *élément legal*, *élément matériel* ja *élément moral*, joista viimeisin sisältää kaikki subjektiiviset elementit edelleen *culpabilité*- ja *imputabilité*-kategorioiden muodossa. Lisäksi osalla kirjoittajista esiintyy neljäntenä pääkategoriana vielä *élément injuste*. (s. 27–

haluaisikin tutkimuksensa kuluessa kerta toisensa jälkeen ”sijoittaa asioita oikeille paikoilleen”, muttei löydä lopulta ranskalaisesta keskustelusta edes kovin suurta kiinnostusta tällaista kohtaan. Lopputulokseksi jääkin lähinnä havainto hedelmällisen saksalais-ranskalaisen keskustelun vaikeudesta.⁹³¹

Myös Samuel Cavallinin vuoden 1999 syylisyystutkimus (sen tuottamusta koskevat jaksot mukaan lukien) sisältää varsin paljon rakenteellisesti-systemaattiseksi luonnehdittavissa olevaa lainoppia. Teos esimerkiksi alkaa oikeusvertailevalla ja oikeushistorillisella rikoskäsitteen analyysillä, jossa tukeudutaan ”syyksi lukemista”, ”vastuuta” ja ”vastuulliseksi tekemistä” koskevien käsitteiden pohdintaan suhteessa siihen, millaiseksi rikoksen käsite milloinkin lopulta on muotoutunut.⁹³²

3.3.6 Kriminaalipoliittinen lataus

Ari-Matti Nuutilan jo useampaan otteeseen käsitelty väitöskirja on ainut kotimainen esimerkki edes jossain määrin kokonaisvaltaisesta rikosoikeudellista tuottamusta koskevasta tutkimuksesta ja sijoittuu funktionalistisesta painotuksestaan johtuen luontevimmin kriminaalipoliittisesti latautuneen otsikon alle, vaikkakin Nuutila tavoittelee edellä esitetyin tavoin ilman muuta myös systemaattisesti kestäväää tuottamuksen mallia. Kriminaalipoliittisesti latautuneen tuottamuksen tutkimisen tavan osalta voidaan tähän liittyen nostaa esiin ylipäänsäkin modernit teon huolimattomuus -opilliset (tai objektive Zurechnungin taikka gärningsculpan nimeä tottelevat) teoriat, joiden yhtenä keskeisenä alkupisteenä on saksalainen kriminaalipoliittisesti orientoitunut keskustelu, ja joista etenkin objektive Zurechnung -oppeja voi pitää eräänlaisen funktionalistisen rikosoikeuden lippulaivana – kuten yritän myöhemmin II-osan 4.2 kappaleessa täsmällisemmin osoittaa.

Kriminaalipoliittisina tuottamustutkimuksina voidaan tietysti pitää myös sellaisia tutkimuksia, joissa ajetaan enemmän tai vähemmän nimenomaista tuottamusta koskevaa linjaa. Varsin tuore esimerkki tällaisesta on Andreas Anderbergin väitöskirja *Straffbar oaksamhet* (2015), jossa huomio kiinnitetään nimenomaisesti tuottamuksen alarajaan lainsäätäjän ja kriminaalipoliitiikan näkökulmasta ja keskeiseksi teemaksi nousee lievän tuottamuksen kriminalisoimisen ongelmallisuus⁹³³. Sinällään aivan samanlainen lähtökohta ja tematiikka sisältyy jo todetuin tavoin myös Pfefferkornin tohtoriväitöskirjaan ja on läsnä myös niin

29). Etenkin tuottamuksen ja sitä edellyttävien rikosten osalta terminologia näyttäytyy Pfefferkornille epäyhtenäisenä ja epäselvänä siten, että kulloistenkin käsitteiden tarkempi sisältö määrittyy yleensä vasta asia yhteytensä perusteella (s. 35–36). Pfefferkorn luonnehtii ranskalaisen rikosoikeuden itseymmärrystä pragmaattiseksi ja lainkäyttösuuntautuneeksi todeten monien saksalaiselle *Straftatlehre*lle ominaisten vaikkapa kausaalisuuteen ja syyksi lukemiseen liittyvien kysymyksenasetteluiden (Kausalitäts- und Zurechnungsfragen) puuttuvan lähes kokonaan. Esimerkiksi Saksassa paljon intohimoja herättänyttä objektive Zurechnung -keskustelua, tai ylipäänsä edes itsenäistä ”Zurechnungsdogmatikia” Pfefferkorn ei löydä Ranskasta lainkaan, vaan empiirisen kausaliteetin ja normatiivisen ”Zurechnungin” muodollinen erottelu näyttää ranskalaiselle lainopille täysin vieraalta. (s. 58–59 ja 63) Dogmaattisen systeemin rakentamisen sijaan ranskalainen keskustelu kiertyykin lainsäädäntömenettelyssä käytettyjen ilmaisujen toisteluun sekä oikeuskäytännöstä poimitujen esimerkkien ympärille – eikä kyseenaikeus käytäntökään anna suurempaa painoarvoa Pfefferkornin ”oikeusdogmaattisiksi” nimittämille näkökulmille (s. 70 ja 144–145). Ks. ranskalaisesta rakennepolitiikasta hieman eri tapaan van Verseveld 2012 s. 48–53.

⁹³¹ Pfefferkorn 2006 erit. s. 283. Hyvin mielenkiintoisena vertailukohtana Pfefferkorniin nähden toimii niin ikään jo mainittu Ciacchin 2005 saksalais-italialainen oikeusvertaileva tutkimus, ja siis etenkin sen II-osa, jossa Ciacchi tarkastelee kriittisesti ensin saksalaisen ja sitten italialaisen lainopin piirissä kehitettyä tuottamuserittelyä (s. 11 ja 81–178). Pfefferkonin esille nostamat systemaattisesti-rakenteelliset epäselvyydet loistavat Ciacchin esityksessä poissaolollaan, eikä syynä (ainakaan siis Ciacchin esityksen valossa) näyttäisi olevan se, että italialainen rikoslainopillinen keskustelu olisi jotenkin perustavanlaatuisella tavalla Pfefferkornin esittelemää ranskalaista keskustelua systemaattis-johdonmukaisempaa.

⁹³² Cavallin 1999 s. 24–144.

⁹³³ Anderberg 2015 s. 17 ja 21–22. Teoksen pääsanomana on, että tuottamuserittelyihin kriminalisointeihin tulisi suhtautua varauksella ja kyseessä tulisi olla pääsäännön sijaan selvä poikkeus (erit. s. 232).

Nuutilan väitöskirjassa kuin Matti Tolvasen lisensiaattityössään (*Huolellisuudesta tieliikenteessä* (1996))⁹³⁴.

3.3.7 Oikeustapausanalyysi

Rikosoikeudellinen tuottamus on teema, jonka osalta lienee jo selvää, ettei kovinkaan seikkaperäisten yleispätevien mallien muodostaminen ole mahdollista, vaan tuottamuksen arviointi jää lopulta välttämättä varsin tapauskohtaiseksi. Huolimattomuus ja sen arviointi merkitsevät yksinkertaisesti jotain hyvin erilaista riippuen siitä, puhutaanko vaikkapa RL 51:1:n sisäpiirintiedon hyväksi käyttämisestä tai RL 44:15:n eläimen vartioimatta jättämisestä, RL 45:4:n huolimattomasta sotilaspalvelukseen kuuluvan velvollisuuden täyttämättä jättämisestä taikka RL 32:4:n tuottamuksellisesta kätkemisrikoksesta ja niin edelleen. Kyse ei ole ainoastaan rikoslain niin sanotun erityisen osan yksittäisten rikostunnusmerkistöjen heterogeenisyydestä, vaan myös erilaisten tekotapojen ja soveltamistilanteiden moninaisuudesta yhden ja samankin tunnusmerkistön piirissä. Vartioimatta jätetyn eläimen osalta voidaan puhua niin puutteellisesti järjestetystä karjankasvatus-, sirkus- kuin eläintarhatoiminnastakin, tai omiin ajatuksiin uppoutuneesta koiranulkoiluttamisesta. Toisen kuoleman voi tuottaa mitä moninaisimmin ajateltavissa (ja vielä ajattelema!) olevin tavoin.

Tuottamuksen lähestyminen oikeustapausten ja niitä koskevan analyysin kautta onkin ollut varsin yleistä. Edellä jo mainitun Gunnar Duttgen massiivisen oikeustapausanalyysin lisäksi Dirk Sauer pohjaa vuoden 2003 tohtoriväitöskirjansa yhteensä 1090 vuosilta 1949–1999 peräisin olevaan saksalaiseen (ja ennen kaikkea Revisionsgerichtin) oikeustapakukseen puhuen tältä osin ehkä hieman provosoivastikin ”käytäntö ennen tiedettä” asenteesta.⁹³⁵

Etenkin tieteenteoreettisesti hyvin mielenkiintoisen oikeustapausten varaan rakennetun tuottamustutkimuksen tarjoaa myös Gillis Ereniuksen vuoden 1971 väitöskirja. Ereniuksen tutkimus on rakennettu realistisen oikeusteorian varaan ”kenttätutkimukseksi”, jonka kohteena on tuomioistuinten (ja myös syyttäjien) käytäntö. Tätä kautta Erenius pyrkii nimenomaisesti eroon ”normatiivis-deskriptiivisestä argumentaatiosta”, joka Ereniuksen omaksumista realistisista lähtökohdista näyttäytyy puhtaana oikeuspolitiikkana. Tuottamuksen määritelmäksi Erenius asettaakin yksinkertaisesti ”sen, miten tuomioistuimet tuottamusta käsittelevät”.⁹³⁶ Sauerin tapaan Erenius asemoi noin 2000 oikeustapauksen

⁹³⁴ Nimenomaisesti Tolvanen 1996 s. 2 ja 96. Nuutilan osalta ks. jo käsitelty kappale 3.2.1.

⁹³⁵ Sauer 2003 s. 4 ja 288. Sauer lähtee siitä, kuinka tuottamusedogmatiikka on polkenut paikallaan (ainakin siis aihepiirin teoreettisen tarkastelun osalta) ilman mainittavaa edistystä sitten Engischin vuoden 1930 monografian, eikä odotettavissa olekaan, että rikoslainoppi kykenisi tuomaan asiaan enää minkäänlaista muutosta suuntaamalla huomiota siihen monipuolisten oikeustapausten kentään, jossa käytäntö päivästä toiseen työskentelee (s. 1–3). Sauer ihmettelee, kuinka Hermann Mühlhaussin vuodelta 1967 oleva tutkimus (*Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrsrechts*) oli jäänyt vielä 2000-luvulle tultaessa ainoaksi selvästi oikeuskäytännön analyysiin perustuvaksi tuottamustutkimukseksi (s. 1 alav. 3 – tältä osin on huomattava, ettei Sauer syystä tai toisesta ehtinyt tutkimuksessaan huomioida Gunnar Duttgen jo vuonna 2001 julkaistua tutkimusta). Sauerille vallitseva tuottamusedogmatiikka edustikin paitsi onnetonta myös tuloksetonta lainoppia, joka tarpeettomiin monimutkaisuksiin sekä systemaattis-terminologisiin kysymyksiin uppoutuen ylenkatsoi konkreettisista tapauksista kumpuavia reaaliargumentteja (s. 106–107). Lisäksi Sauer ei malta olla huomauttamatta, kuinka 1900-luvun mittaan yhä kasvaneesta julkaisujen määrästä huolimatta suhteellisen harvalla tuottamuksesta kirjoittavalla näytti olevan kovinkaan itsenäistä käsitystä asiasta. Sen sijaan keskustelu kiertyi kerta toisensa jälkeen objektive Zurechnung -oppiin tai vanhojen jo näivettyneiden taisteluiden taistelemiseen (esim. koskien kysymystä huolellisuusarvioinnin yleisyydestä/yksilökohtaisuudesta (”objektiven Maßstab”)). (s. 110) Lopulta Sauer toteaa koko tutkimuksensa seuraavan teesin koettelemiseksi ja uudelleenkehittelyksi: ”Was sich in der Praxis nicht bewährt, sollte in der Wissenschaft um so kritischer betrachtet werden.” (s. 4)

⁹³⁶ Erenius 1971 s. 18. Erenius katsoo culpa-käsitteen jo luonteeltaan niin epäyhtenäiseksi ja vaihtelevaksi, että sitä koskevan lyhyen määritelmän muotoilu on mahdotonta. Tukeutuminen nimenomaan tuomioistuinten ilmaisutapaan onkin Ereniuksen tapa

aineistonsa analyysin tuottamat tulokset vastakkain tuottamusta koskevien aiempien lainopillisten kannanottojen kanssa, todeten doktriinin tulevan nimenomaisesti vasta oikeuskäytännön jäljessä. Ereniuksen ajatuksena onkin, että tuottamuksen käsitteen jonkinlainen yleisen tason luonnehdinta edellyttää oikeustieteen suorittamaa empiiristä analyysiä.⁹³⁷ Oikeusrealistisista lähtökohdistaan Erenius julistaakin arvoarvostelmat tuottamusarvioinneista vähitellen katoavaksi kansanperinteeksi – siis sitä mukaa, kuin asiaa koskevat säännökset ja jo eri tuottamustilanteisiin annetut lainkäyttöratkaisut lisääntyvät, mitä kautta tuottamuksen arviointiin on siis tarjolla yhä enemmän *juridista tietoa*, ei jonkinlaista *oikeudellista ideologiaa*⁹³⁸.

Vielä mielenkiintoisemmaksi tilanne muuttuu, kun huomioidaan Ereniuksen vuoden 1976 tutkimus (*Criminal Negligence and Individuality*) tuottamusarvioinnin yksilöllisyydestä. Kyse on tuottamusarvioinnin elementistä, jonka Erenius kertoo alun perin suunnitelleensa sisältyvän jo vuoden 1971 tutkimukseen, mutta jonka käsittelyn hän lopulta kuitenkin lykkäsi myöhempään erilliseen tutkimukseen⁹³⁹. Kyse on siitä, missä määrin tuottamusarvioinnissa on huomioitava nimenomaan arvioinnin kohteena kulloinkin oleva yksilö, esimerkiksi tiettyine fyysisine tai psyykkisine poikkeavuuksineen. Erilaisten julkaisustrategioiden miettimisen sijaan olennaisempaa on se, että Ereniuksen käsitys *juridisen tiedon* luonteesta tuntuu muuttuneen kyseisten tutkimusten välillä perustavanlaatuisesti. Siinä missä hän vuonna 1971 julistaa empiirisen oikeustapausanalyysi juridisen tiedon perustaksi – tai vähintäänkin dogmaattista käsitteenmuodostusta edeltäväksi – lähtee hän vuonna 1976 tutkimaan yksilöllisten (siis tekijäkohtaisten) ominaisuuksien vaikutusta tuottamusarviointiin niin saksalaista, anglo-amerikkalaista kuin skandinaavistakin lainopillista keskustelua oikeusvertailevaan sävyyn erittelemällä! Teoksen II-osassa Erenius vertaa erilaisten *vastuullisuuden* käsitteiden (responsibility, liability ja culpability) osakseen kyseisissä oikeuskulttuureissa saamaa merkityssisältöä siirtyen III-osassa *syylisyyden* (mens rea, Schuld) käsitteanalyysiin. Paitsi monimutkaisen myös tavallaan loputtoman, aina Augustinuksen saarnoihin ja Senecan kirjeisiin ulottuvan, keskustelun pohjalta olennaiseksi nousee lopulta H. L. A. Hartin *askriptiivinen näkökulma* (ascriptive approach) ja siis ajatus subjektiivisen syylisyyselementin askriptiivisesta luonteesta sekä sen perustamisesta nimenomaan vastuuvapausperusteiden kautta tapahtuvaan ja siis negatiiviseen määritelmään⁹⁴⁰.

Tältä pohjalta Erenius siirtyy tarkastelemaan konformiteettiperiaatetta (IV-osa) ja edelleen kehrittelemään kolmiportaista tai -suuntaista ("three-way approach") tuottamusarvioinnin malliaan (V- ja VI-osat). Tuleepa tässä rytäkässä kysymys

pyrkii vapautumaan aihepiiriä usein vaivaavasta kaavamaisesta ajattelusta sekä paljastaa culpa-arvioinnin taustalla "piilossa" olevat realiteetit. S. 134–135 Erenius allekirjoittaa nimenomaisesti Alf Rossin sosiologisesti suuntautuneeksi toteamansa teorian, jonka mukaan voimassaoleva oikeus (*gällande rätt*) merkitsee tuomioistuimen toimintaa koskevan ennusteen tulosta.

⁹³⁷ Erenius 1971 s. 19, 68–80 ja 87–88. Mielenkiintoisena piirteenä Ereniuksen oikeustapausanaineistossa on myös ns. *notisfall*-tapausten sisällyttäminen mukaan tarkasteluun. Kyse on sinällään ruotsalaiseen NJA-kokoelmaan sisältyvistä HD:n ratkaisuista, joilta kuitenkin puuttuu nimenomainen prejudikaattiarvo. Erenius perustelee kyseisten tapausten hyödyntämistä pitkästi (s. 19–25) vedoten ennen kaikkea oikeusrealistiseen ajatukseen voimassaolevasta oikeudesta tuomioistuimen *tosiasiallisen* toiminnan ennusteena ("sociologisk betonade teori"). Jonkinlaista prejudikaattiarvoa tärkeämpää Ereniukselle onkin se, miten tuomioistuimet todella itseään ilmaisevat.

⁹³⁸ Erenius 1971 s. 86–88 ja 93–100. "Som ledande tanke kommer att hävdas, att det värderande momentet successivt erhåller en allt mindre betydelse och att värderingsoperationen i ökad utsträckning utbyts mot en jämförelseoperation av mer 'deskriptivt' slag." (s. 88) "Att i så stor utsträckning som möjligt undvika den värderande verksamheten framstår i straffrätten som en legitim strävan hos de bestlutsfattande myndigheterna." (s. 93) "(V)em vill inte nuförtiden närma sig problemen realistiskt?" (s. 156)

⁹³⁹ Erenius 1971 s. 7. Itse tutkimustyön Erenius kertoo toteutetun pääosin 1960- ja 1970-lukujen taitteessa, mutta tulosten julkaisun viivästyneen erinäisistä syistä (Erenius 1976 s. 7). Lisäksi Erenius 1971 s. 124–125 alav. 116 selviää Ereniuksen suorittaneen vuonna 1968 University of Pennsylvania Law Schoolissa Llcm-oppiarvon kirjoitelmalla "*On Criminal Negligence and Individuality*", jota toivoi vuonna 1971 voivansa laajentaa oikeusvertailevalta pohjalta.

⁹⁴⁰ Erenius 1976 s. 87–89 ja 97.

yksilöllisten elementtien relevanssista rikosoikeudellista tuottamusta arvioitaessa todetuksi pohjimmiltaan *moraaliseksi* kysymykseksi (, jonka osalta toki myös *oikeudelliset*, *psykologiset* ja *psykiatrisetkin* aspektit näyttelevät tärkeää roolia)!⁹⁴¹ Varsinaiseen oikeustapausanalyysiin päästään tällä kertaa vasta tutkimuksen päättävässä VII-osassa ja analyysin tarkoittaessa tällä kertaa Ereniuksen niin saksan- ja englanninkielisestä kuin skandinaavisestakin maailmasta ”löytämien” oikeustapausten löyhää tyypittelyä⁹⁴².

En voi rehellisyyden nimissä sanoa ymmärtäväni lainkaan kaikkea, mitä etenkin lukuisten oikeuskulttuurien ja ajanjaksojen välillä poukkoilevassa ja monessa kohdin hyvin sekavassa käsiteanalyysissä tapahtuu. Tästä huolimatta pidän äärimmäisen mielenkiintoisena sitä, kuinka kummallisen parivaljakon Ereniuksen tutkimukset muodostavat. Yhtäältä niiden välinen työnjako on suhteellisen selvä: ensimmäinen käsittelee tuottamuksen niin sanottua objektiivista puolta, jälkimmäinen subjektiivista (yksilöllistä, tekijäkohtaista) puolta⁹⁴³. Toisaalta niiden noudattama metodologia näyttäisi paikoin liki päinvastaiselta. Ensimmäisen osalta Erenius sitoutuu hyvin voimakkaasti oikeusrealistiseen ajatukseen (voimassaolevan) oikeuden luonteesta tuomioistuinten tosiasiallista toimintaa koskevana empiirisen oikeustapausanalyysin valossa laadittavina ennusteina, joiden pohjalle dogmaattinen käsitteenmuodostus voidaan vasta suorittaa. Jälkimmäisessä hän puolestaan lähtee suin päin vertailemaan mitä dogmaattisimpia käsitejärjestelmiä perustaen lopun (edellistä huomattavasti vaatimattomamman) oikeustapausanalyysin tälle. Sinällään Ereniuksen voi toki ajatella myös jälkimmäisessä työssä sitoutuvan realismiin, että hän toteaa tuottamuskäsitteen määrittävän tosiasiallisen ja oikeudellis-poliittisen perustan mukaan aina kulloisessakin oikeusjärjestelmässä. Erenius luonnehtiikin jälkimmäistä tutkimustaan ”dogmaattis-deskriptiiviseksi”; sen tarkoituksena on todeta, miten tuottamusedellytys on tietyissä eri oikeusjärjestelmissä rakennettu. Moraalifilosofia tulee kuvaan mukaan vasta tarkasteltaessa näiden rakennelmien kestävyyttä oikeuspoliittiselta kannalta.⁹⁴⁴ Käsitteäkseni Erenius siis näkee myös jälkimmäisen tutkimuksensa kuvailevaksi ja ”tekniseksi” – nyt tosin kuvailtavana aineistona on oikeustapausten sijaan ennen kaikkea oikeustieteellinen keskustelu!

Näin Erenius tulee konkretisoineeksi, kuinka myös oikeustieteellisen tutkimuksen menetelmät ovat paljolti kiinni näkökulmasta. Esimerkiksi omaa tutkimustani voisi tässä valossa nimittää ”äärirealistiseksi deskriptiiviseksi dogmatiikaksi”; valtaosa tekstistäni kuluu pikkutarkkaan viittailemiseen siihen, mitä joku *todellinen* oikeustieteilijä *tosiasiassa* on jo joskus esittänyt – ja tämän dokumentointiin teknisluntoisin aina yksittäisten sivujen numeroimiseen menevin tavoin! Tekemiseni perustuu pitkälti juuri siihen, etten esitä (yksinomaan) ideologis-normatiivisia ajatuksia, vaan asioita, joita todella on oikeudesta jo esitetty.

Ereniuksen ohella oikeustapausanalyysiin ja ylipäänsä tuomioistuintäytäntöön vahvasti tukeutuvan tuottamus- tai laajemmin syyllisyystutkimuksen on Ruotsissa suorittanut Samuel Cavallin. Cavallinin vuoden 1999 tutkimuksen osalta on syytä huomata, että HD:n prejudikaattien ohella hänen aineistonaan on huomattava

⁹⁴¹ Erenius 1976 s. 185–186.

⁹⁴² Erenius 1976 s. 210–229.

⁹⁴³ Kyseisestä erottelusta ks. Erenius 1971 s. 17–18, 27 ja 45–46. Myöhemmin Erenius toteaa vielä *objektiivisen* ja *subjektiivisen* erottelun sinällään semanttiseksi ja monessa tapauksessa myös epärealistiseksi näiden kahden liukuessa lopulta toinen toistensa lomaan (s. 181–182 erit. alav. 26).

⁹⁴⁴ Erenius 1976 s. 128 ja 136.

käräjäoikeuksien vakavaa väkivaltaa koskeva aineisto. Cavallin pyrkiikin tavoittamaan prejudikatuuriin käytännön merkityksen tarkastelemalla, miten alioikeudet HD:n ratkaisuja todellisuudessa hyödyntävät.⁹⁴⁵ Tuottamusta koskevana ruotsalaisena oikeustapausanalyysinä on mainittava vielä Magnus Ulvängin vuoden 1998 maisterivaiheen opinnäytetyö *Culpa i trafiken*, jossa Ulväng tarkastelee kuutta HD:n liikennerikostapausta ohjaajansa Nils Jareborgin kehittämän kaksijakoisen *gärningsculpa / personlig culpa* -tuottamusmallin näkökulmasta. Kyseinen ohjaaja katsoi opinnäytetyön myös laajemminkin julkaisemisen arvoiseksi.⁹⁴⁶ Ja vielä on siviilioikeuden puolelta nostettava esiin Christian Dahlmanin väitöskirja *Konkurrerande culpakriterier* (2000) sekä Vilja Hahdon jo mainittu vuoden 2008 tuottamusta vahingonkorvausoikeudessa tarkasteleva ”tarpeettomia teoreettisia pohdintoja välttelevä” tutkimuksellinen puheenvuoro, joista molemmissa tuottamusta lähestytään nimenomaan oikeustapausanalyysin kautta.⁹⁴⁷

3.3.8 Muita tuottamuksen tutkimisen tapoja

Edellisten Duttgen ja Krögerin nimenomaisesti erittelemien tuottamuksen tutkimisen tapojen ohella on tietysti ajateltavissa useita muitakin menetelmiä tuottamuksen lähestymiseen. Tuottamusta voi esimerkiksi pyrkiä ymmärtämään inhimillistä ajattelua ja päätöksentekoa empiirisesti kuvaavan kognitiopsykologisen tiedon valossa, mihin myös Duttge lopulta omassa tutkimuksessaan päätyi. Pohjoismaissa kognitiopsykologiaa on tähän mennessä sovellettu rikosoikeudellisen syyksiluettavuuden osalta lähinnä tahallisuuteen.⁹⁴⁸

⁹⁴⁵ Cavallin 1999 s. 20–21, 89 ja 194. Cavallin nimittää alioikeuslähtöistä lähestymistapaansa ”takaoveksi” HD:n praksiin (s. 603).

⁹⁴⁶ Ulväng 1998 s. 6 sekä Jareborgin esipuhe kyseisessä teoksessa s. 5.

⁹⁴⁷ Dahlman 2000 s. 10–11 ja 24 toteaa riittävän varovaisuuden tason jätetyn Ruotsissa nimenomaisesti oikeuskäytännön määrittäväksi ja katsookin, että tuottamusta koskevat vastaukset on etsittävä oikeuskäytännöstä, mihin sinällään johtaa jo *tuottamuksen* kaltaisen käsitteen ylläalkaisuus. Dahlman rakentaakin tutkimuksensa erilaisten tuottamuksen kriteeristöjen testaamiseen HD:n ratkaisukäytäntöä tulkitsemalla. Käytännössä Dahlman asettaa hypoteesit siitä, millaisten kriteerien valossa tuottamusta voisi ajatella arvioitavan ja tämän jälkeen peilaa niitä HD:n oikeuskäytännön (kyseisiä kriteeristöjä tältä pohjalta edelleen täsmentäen) (s. 25–31). Tutkimus on erittäin mielenkiintoinen yritys yhdistää oikeustapausanalyysiin hyvin systemaattinen ajattelumalli. Dahlman pyrkii nimittäin muodostamaan erilaisten tuottamuskriteerien pohjalta ”oikeanlaisen” polun tuottamuksen määrittelylle ja tätä kautta osoittamaan käsityksen tuottamuksen väistämättömästä epätasallisuudesta lopulta vääräksi. (s. 145–149) Hahto 2008 s. 7 puhuu tuottamuskäsitteen ”monimuotoistumisesta” sivuuttaen systematiikan ja tyytymisen lähinnä tyypittelemään erilaisia oikeuskäytännössä esiintyneitä tuottamustilanteita ja niihin kulloinkin omaksuttuja ratkaisuja. Hahto hyväksyy ajatuksen tuottamuskäsitteen yleisten kysymysten yhtenäisestä esittämisestä, mutta korostaa erilaisia kontekstisidonnaisia tuottamusstandardeja olevan lopulta lukematon määrä, minkä johdosta tuomioistuimen on kuitenkin lopputulokseksi muodostettava huolellisuuden standardi aina tapauskohtaisesti (s. 3 ja 86). Hahdon ajatusmallia kuvaa hyvin hänen ajatuksensa siitä, kuinka hän ei teoksessaan ole kiinnostunut selvittämään koko vahingonkorvausjärjestelmän rakennetta, vaan sitä, *mitä vahingonkorvausoikeudellinen tuottamus on* (s. 8). Systemaattisemmin suuntautunut kirjoittaja tuskin ajattelisi tällaisen olevan mahdollista ilman ymmärrystä vahingonkorvausoikeusjärjestelmästä kokonaisuudessaan. Edustan esim. itse siinä määrin systemaattis-teoreettisempaa suuntausta, että Hahdon ajatus tarjota työkaluja käytännön juristeille ”tarpeettomia teoreettisia pohdintoja välttämällä” edustaa itselleni paitsi kunnianhimoitonta hanketta myös hyvinkin kyseenalaista perustaa nimittää tekemisensä ”tutkimukselliseksi puheenvuoroksi” (s. v). Eikä Hahto tietysti itseään toteuta tutkimustaan täysin irti systematiikasta, vaan joutuu muun ohella määrittelemään ”käsitteensä vahingonkorvausoikeudellisen tuottamuksen ja koko vastuun rakenteen sisällöstä” (s. 40–47). Todettakoon, että sekä Dahlmanin erittelemät culpa-kriteerit että Hahdon erittelemät tuottamuserittelyt perusmallit tarjoaisivat myös otollisen vertailukohtan rikos- ja vahingonkorvausoikeuden (ja edelleen suomalaisen ja ruotsalaisen oikeuden) välillä. Niin Dahlmanin esittämät culpa-kriteerit: 1) jonkinlaisen normiin sidottu normaalisuuskriteeri (*normalitetskriterium*), 2) kustannustehokkuuteen sidottu taloustieteellinen malli (*ekonomiskt kriterium*) ja 3) epävarmuuden hyväksyttävyyteen sidottu tuottamusmalli (*trygghetskriterium*) sekä Hahdon tunnistamat 1) *normiperusteinen* ja 2) *riskiperusteinen* malli (sekä kiinteistön ja rakennuksen omistajan vastuun osalta myös 3) *puutteellisuusarviointi*) tarjoavat paljon niin yhtymäkohtia kuin eroavuuksiakin edelleen vaikkapa Duttgen (saksalaisesta) rikosoikeudellisesta keskustelusta erittelemiin ajatusrakenteisiin: *Sorgfaltspflichtverletzung*, *Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung* sekä *Überschreiten des erlaubten Risikos*.

⁹⁴⁸ Ks. erit. Nuotio 2017 erit. s. 981–983 ja 986–989, jossa luodaan muutamia alustavia kognitiopsykologisia näkökulmia moderniin kotimaiseen tahallisuuskeskusteluun, sekä Jareborg 2016, jossa Jareborg käy kognitiopsykologian tiedon valossa läpi omaa rikosoikeusteoriaansa kysyen, miltä osin teoriaa olisi korjattava. Tässäkin olennaiseen osaan nousevat nimenomaan tahallisuutta koskevat näkemykset (erit. s. 14 ja 38) – ilman, että korjattavaa tosin juuri löytyisi... Sekä Nuotio että Jareborgin kirjoitusten taustalla on ennen kaikkea Daniel Kahnemannin vaikutusvaltainen teos *Thinking Fast and Slow*. Ks. myös Matikkala 2005 s. 69–83 ja Vihriälä 2012 s. 30–41. Yleisemmin kognitiopsykologian sovellettavuudesta juridiikkaan ks. Gräns 2013.

Vielä tuottamusta on mahdollista pohtia myös vaikkapa semanttisen tai etymologisen käsiteanalyysin kautta. Esimerkiksi Ereniuksen jo mainitun vuoden 1976 tuottamustutkimuksen II- ja III-osat voi nähdä pitkälti muun ohella tällaisena semanttisena analyysinä. *Fahrlässigkeit*-käsitteen monimutkaista semanttista ja etymologista historiaa paitsi saksalaisesta hieman myös oikeusvertailevasta näkökulmasta erittelevät myös Duttge ja Kröger, joista jälkimmäinen toteaa etenkin *Sorgfaltsbegriffin* sanakirjojen perusteella etymologiseksi mustaksi aukoksi, jonka alkuperä näyttäisi piilevän myöhäiskeskiaikaisessa saksan kielen sanassa ”sorcveltic”, joka tarkoitti niin *huolellista*, *varsin hyvää* kuin *otsa rypyillä toimimistakin*⁹⁴⁹! Henrik Zahle on kunniatohtoriuteen liittyvässä promootiotilaisuudessaan intoutunut pohtimaan oikeuden *käyttämisen* ja *hoitamisen* välistä eroa tanskan kielen monimerkityksellisen – ja niin ikään vanhan – ”pleje”-sanan kautta. Kyseisen sanan Zahle yhdistää *hoitamiseen*, *edistämiseen*, *viljelemiseen*, *auttamiseen* ynnä muuhun sellaiseen. Lopulta pohdinta (ja samalla koko Zahlen ura) palautuu *oikeudesta huolehtimiseen* – tai *huoleen oikeudenmukaisuudesta* (”omsorg for retfærdighed”).⁹⁵⁰ Vanha oikeudenmukaisuudesta huolehtija onnistuu vanhoilla sanoilla maalaamaan kuulijansa eteen jotain hieman samanlaista kuin Joseph Ratzinger viitatessaan vuorisäärnassa autuaiksi julistettuihin ”vanhurskauden nälkäisiin ja janoisiin” (*hungern und dürsten nacht der Gerechtigkeit*)⁹⁵¹, tai vaikka Hugo Simberg teoksellaan *Kuoleman puutarha*.

Edellä mainitulle tunnepitoiselle hurskastelulle voi halutessaan naureskella, mutta tällöinkin on syytä muistaa, että rikosoikeudellista ajattelua on aiemminkin harjoitettu – ja ennen kaikkea *aidosti muutettu* – niin arki- kuin asiantuntijakieltäkin filosofisesti analysoimalla. Jokainen voi tutustua Nils Jareborgin oman aikansa rikosoikeuden kannalta suorastaan mullistavaan väitöskirjaan *Handling och uppsåt* (1969), jossa englanninkielisen maailman lingvistinen kielifilosofia tuotiin osaksi pääosin pari sataa vuotta vanhempaan filosofiaan nojaavaa ruotsalaista rikoslainoppia.⁹⁵² Helpompaa on toki jättää jo vanha – ja hyi kauheaa pitkä! – teos lukematta ja naureskella mille haluaa.

3.4 Oma näkökulmani?

Jos kaikki edellä mainittu on jotain rikosoikeudellisen tuottamuksen osalta osoittanut, on se se, että aihetta voi tutkia (ja on jo tutkittu!) mitä moninaisimmin eri tavoin. Kyse on olemassa jo olevasta tiedosta, jota on sinällään ihan turha lähteä toistelevaan. Sen sijaan se on tuottamusta tutkittaessa tunnettava ja hallittava. Se on pohja, jonka varaan uusi tuottamusta koskeva tutkimus ja tietämys rakentuu. Se, missä *vanhan tietämisen* ja *uuden rakentamisen* välinen raja oikeustieteessä kulkee, on tietysti veteen piirretty viiva.

Nyt ollaan joka tapauksessa tultu tämän rajan tuntumaan. Tähänastinen tutkimukseni on keskittynyt rikoslainopin ja tuottamusopin traditioon – siihen praksikseen, jolla rikosoikeutta yleisesti ja tuottamusta erityisesti on tutkittu. Hermeneuttinen ajatukseni

⁹⁴⁹ Kröger 2016 s. 362–364, Duttge 2001 s. 203–204 ja erityisesti Münchener Kommentar 2011 s. 667–688, jossa Duttge uhrää aiheelle vielä enemmän aikaa. Esim. Fahl 2012 s. 810 toteaa, ettei tuottamusedogmatiikka ylipäänsä ole juuri sen selkeämpi kuin ”tuottamus”-sanat taustalla piilevä mitä epäselvin etymologia.

⁹⁵⁰ Zahle 2002 s. 868–872.

⁹⁵¹ Matt. 5:6 ja Ratzinger 2007 s. 121–123. Auktoriteettiin perustuvan opillisen sanelemisen sijaan (paavinakin tunnettu) Ratzinger tyytyy tällä kertaa ihan vain etsimään Herransa kasvoja (Ps. 27:8). Mutta tällaisenaan esittäminen ei ilman lukijan sympatiaa onnistu. ”Ich bitte die Leserinnen und Leser nur um jenen Vorschuss an Sympathie, ohne den es kein Verstehen gibt.” (s. 22)

⁹⁵² Jareborg 1969 s. 8–10 sekä Jareborg 2016 s. 11.

on, että kaiken tämän esittäminen muodostaa olennaisen pohjan sille, että uuden ja oman tuottamusta koskevan tutkimuksen kirjoittamisessa on mitään mieltä ja järkeä.

Kyse on *käytäntöön ja traditioon osallistumisesta*, jonka katson Gadamerin ja Tontin tapaan edellyttävän ”julkilausumattoman ja intuitiivisen kulttuurisen *sensus communiksen* tajuamista”, mikä tapahtuu lopulta laintulkinnan teoria- ja metodioppaiden lukemisen sijaan käytännön kokemuksen kautta⁹⁵³. Käytännön kokemus merkitsee omassa tutkimuksessani jo kirjoitettuun lainoppiin tutustumista. Sen opiskelua, mitä ja miten muut ovat omia tutkimuksiaan tehneet. Tavanomaisesta kotimaisesta perinteestä poiketen olen pyrkinyt kirjoittamaan tämän lukijani nähtäville. Taustalla on myös tältä osin niin ikään Gadamerin ja Tontin ajatus siitä, kuinka se, mitä paremmin tradition onnistuu ottamaan kokemuksellisesti haltuunsa, avaa yhä enemmän myös liikkumatilaa esittää uusia, kriittisiä ja traditiota muuttavia tulkintoja⁹⁵⁴.

Olen pyrkinyt esityksessäni siihen, että lukijani voi aidosti arvioida sitä, missä määrin olen kokemuksenmuodostamisessani onnistunut – missä määrin kykenen *traditiotani hallitsemaan*. Uskoakseni moni lukija saattaa pitää koko tutkimukseni I-osaa tarpeettomana; tuottamuksen tutkijalle sinällään välttämättömänä ”kamppailuna, jonka jälkiä ei kuitenkaan tarvitsisi enää säilyttää itse väitöskirjaan lukijan vaivaksi”⁹⁵⁵. Alussa määrittämieni lainopillisen tutkimuksen teesien valossa tällainen ei kuitenkaan tule monessakaan mielessä kyseeseen. *Ensinnäkin* jokainen voi kuvitella, millainen tutkimukseni olisi ilman I-osaa. Se olisi kasa tuottamusta koskevia sinällään mahdollisesti ihan järkeenkäypiäkin väitteitä, joilta kuitenkin puuttuisi pohja ja tätä kautta kantavuus. *Toiseksi* pian tekemäni tutkimuksellinen valinta siitä, mihin tulen keskittymään, näyttäytyisi mielivaltaisena päätöksenä, jossa tutkimus nyt vain on syystä tai toisesta haluttu suunnata tiettyyn näkökulmaan. *Kolmanneksi* tutkimus ei olisi lukijan kannalta kovinkaan läpinäkyvä (edes siinä vähäisessä määrin, mitä se nyt on!), koska lukija joutuisi lähinnä arvailemaan, mitä kaikkea aineistoa työn osalta on käyty läpi, ja millä tarkkuudella.

En pidä mitenkään mahdottomana ajatusta siitä, että väitöskirjani olisi voitu hyväksyä oikeustieteen tohtorin opinnäytteeksi ilman I-osaa. Pikemminkin arvelen, että tällainen olisi kotimaisessa oikeustieteessä vallitseva pääsääntö. Voipa olla, että joku jopa ehdottomasti haluaisi pyyhkiä koko I-osan unohduksiin! Kyse on edellä hahmottelemasta teoreettiset sitoumuksensa lukkoonlyövästä tutkimisen tavasta, jossa lopulta tuotetaan sinällään ehkä johdonmukaisia, mutta mitä rajallisimpia näkökulmia erinäisiin oikeudellisiin ilmiöihin – valitaan ”tutkijan tanssiasteleet” ja loikitaan niiden avulla maaliin.

Ongelmana on se, että lukija joutuu lähinnä arvuuttelemaan, miksi mikäkin näkökulma milloinkin on katsottu tutkimisen arvoiseksi. Pelkään, että usein tällainen arvuuttelukin jää tekemättä. Tuloksena on monella tapaa vääristynyt kuva oikeudesta. *Ensinnäkin* yleisillä ”Rikosoikeudellinen tuottamus” -otsikoilla varustetut tutkimukset antavat ymmärtää, että kyse olisi jotenkin yleisestä rikosoikeudellisen tuottamuksen

⁹⁵³ Tontti 2001 s. 222, 234 ja 236.

⁹⁵⁴ Tontti 2001 s. 234.

⁹⁵⁵ Ks. Andersson 2004 s. 36–37; ”Om du länge kämpat med ett stort och bångstyrigt material, men till sist lyckats lägga ned odjuret på ryggen (eller på papperet) så varför inte *visa behärskningen hellre än kampen*. Nu har du lyckats förstå och göra dig en helhetsbild, och allt ligger i ett förklarat ljus...” Ks. myös Bull 2004 s. 85, joka huomauttaa juridisessa tutkimuksessa olevan paljolti kyse traditioon kuulumisensa näyttämisestä. Etenkin nuoren tutkijan kohdalla tämä näkyy usein seikkaperäisissä lähdeviittaauksissa, joiden taustalla saattaa ajatuksena olla myös oman vaivannäön välittäminen lukijalle.

tutkimisesta, vaikka kuvaavampi otsikko monesti voisi olla vaikkapa: ”Funktionaalistinen malli rikosoikeudellisesta tuottamuksesta” tai ”Rikosoikeudellinen tuottamus (korkeimman oikeuden) oikeuskäytännössä” tai ”Oikeuspositivistinen teoria rikosoikeudellisen tuottamuksen normisidonnaisesta arvioinnista”. *Toiseksi* traditiota koskevien jaksojen supistaminen johtaa helposti siihen, että ote traditiosta samalla menetetään. Pohjatyötä ei jakseta tehdä kunnolla, kun se ei kuitenkaan ilmene enää suoraa itse tutkimuksesta. Esimerkiksi lukuisat Ari-Matti Nuutilan väitöskirjaa koskevat 2010-luvulla tehdyt kannanotot antavat aiheen kysyä, ovatko kannanottajat todella edes lukeneet koko kirjaa. Mikäli Nuutilan 30 vuotta vanhoilla opeilla ei usko olevan järin suurta ja seikkaperäistä perehtymistä edellyttävää merkitystä nykypäivänä, kannattaa tämä sanoa avoimesti. Jos sen sijaan haluaa lukeutua Nuutilan kannattajiin tai vastustajiin tai ylipäänsä edes uskomisen sijaan tietää, mistä koko asiassa on kyse, ei auta muu kuin nähdä vaivaa ja opiskella, mitä Nuutila väittää. Tällainen reilu 600-sivuisten vuosikymmeniä vanhojen teosten mahdollisesti useampaa lukukertaa sekä joka tapauksessa aikaa ja vaivaa vievä perkaaminen istuu tietysti huonosti nykypäivän tieteenihanteeseen. Tämä edellyttää valintaa: jos haluaa oikeustieteillä ilman puuduttavaa vanhojen tekstien läpi kahlaamista, voi tällaista toki yrittää, mutta samalla on ihan turha esittää vanhat tekstit jotenkin osaavansa. Sen sijaan kannattaa rakentaa avoimesti sen uudenlaisen ajattelun varaan, mitä sen sitten ikinä katsoo edustavansa.

Edellinen sanavalintani oikeutta koskevasta ”vääristyneestä” kuvasta on monella tapaa turhan voimakas. Sen sijaan olisi ehkä syytä puhua ”uudenlaisesta” kuvasta. 2000-luvun mittaan omaksuttu tapa tehdä oikeustiedettä aiempaa nopeammin ja etenkin vanhempia tekstejä pintapuolisemmin tuntien merkitsee olennaisesti erilaista oikeustieteilyä kuin mistä vaikkapa 1900-luvulla laaditut väitöskirjat todistavat. Voi hyvin olla, että kaiketi alati nopeutuva maailmamme tällaista edellyttää. Voi hyvin olla, että tämä on *hyvä* tapa tehdä oikeustiedettä. Niin tai näin, se on *uusi* ja *erilainen* tapa. Ongelmana on se, ettei tätä yleensä haluta mennä myöntämään. Oikeustiede ja eritoten lainoppi on siinä määrin konservatiivinen oikeudenala, että harva uskaltaa sanoa tekevänsä jotain perustavanlaatuisesti uudenlaista. Sen sijaan toistellaan vanhoja ”lainoppi on tulkintaa ja systematisointia” -tyyppisiä lauseita uskotellen lukijalle (ja ehkä myös luulotellen ihan itselleenkin), että kyse olisi jotenkin perinteisestä dogmatiikan tekemisen tavasta. Etenkin enemmän tai vähemmän staattisiin säännöksiin oman oikeutensa kiinni hirttänyt oikeuspositivistisesti ajautuu auttamatta vakuuttelemaan, kuinka hänen esittämänsä käsitykset itse asiassa *jo ovat voimassa olevaa oikeutta*.

Jotta lukija varmasti asian muistaa, toistan jälleen: minulla ei ole minkäänlaista halua yrittää uskotella lukijalleni, että olisin löytänyt jonkinlaisen objektiivisesti (jo) voimassa olevan oikeuden, jota nyt vain lukijalleni kuvailen, ja jonka lukijani voi uskoa vaikkapa sen kaltaisin perustein, että olen lainoppinut, työ on rikoslainopillisena väitöskirjana hyväksytty, tai olen edellä onnistunut kirjoittamaan vakuuttavanoloisesti. Sen sijaan yritän esittää lukijalleni perustellun käsitykseni rikosoikeudesta ja rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta toivoen, että lukija koettelee käsitystäni, hyväksyy siitä sen, mihin katsoo olevan syytä, ja antaa minun kuulla kunniani siitä, missä katsoo minun olevan väärässä.

Kaiken edellä mainitun valossa liene selvää, että voisin rikosoikeudellista huolimattomuutta koskevassa tutkimuksessani tehdä melkeinpä mitä vain. Voisin

analysoida erilaisten lainkäyttöinstanssien (tai sellaisten kombinaatioiden) tuottamuskäytäntöä. Voisin tuoda suomalaisen rikoslainopin kontekstiin minkä hyvänsä lähdeluettelosta löytyvistä ulkomaalaisista tutkimuksista, tai minkä hyvänsä rikosoikeuden ulkopuolisista tutkimuksista. Voisin peilata tuottamusoppia Kierkegaardin eksistenssifilosofiaan. Voisin asettaa tuottamusarvioinnille rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen mukaisia rajoja tai vaikka Kaldor–Hicks-tehokkuutta tai ”objektiivista teleologiaa” toteuttavia tulkintasääntöjä. Voisin päätyä lukemattomiin erilaisiin käsityksiin siitä, mitä ”objektiivinen teleologia” on. Voisin epäonnistua tuottamusarvioinnin empiirisessä kuvantamisessa ja muuttaa lennosta tutkimukseni tieteenfilosofiaksi. Ja niin edelleen, ja niin edelleen. Tai voisin vielä tässä vaiheessa lopettaa tutkimisen.

Jos – ja kun! – kaiken edellä kirjoitetun perusteella nyt aidosti pohdin, *millaiseen tuottamusta koskevaan tutkimukseen minun olisi syytä ryhtyä*, näyttäytyy kaikkein houkuttelevimpana ja tarpeellisimpana vaihtoehtona jonkinlaisen tuottamusta koskevan yleisen ja teoreettisen mallin luominen. Tämä perustuu ilman muuta ajatukseen rikosoikeudesta koherenssihakuisena systeeminä. Samalla en kuitenkaan missään tapauksessa halua lähteä kieltämään tuottamuksen mitä moninaisimpia soveltamiskonteksteja ja sen välttämätöntä epämääräisyyttä. Uskon kuitenkin, että minun olisi mahdollista yrittää luoda jonkinlainen yleisen tason malli, jonka puitteissa tuottamukseen liittyvät yksittäiset arvioinnit olisi mahdollista jäsentää, ja jonka kautta niitä olisi mahdollista toteuttaa ja arvioida. Malli, jonka kautta myös kaikkia edellä esittelemiäni tuottamusta koskevia tutkimuksia voisi ehkä jollain tapaa jäsentää ja arvioida.

Tällaiseen eivät ainakaan tällä hetkellä tiedossani olevat tuottamustutkimukset anna nähdäkseni kovinkaan hyviä eväitä. Nuutilan väitöskirja käsittelee lähinnä objektiivista teon huolimattomuutta tehden tämän vieläpä loputtomien tyyppitapauskategorioiden kautta. Yleisen osan oppikirjoissa tuottamus esitetään osana reseptimäistä rikosvastuuseen johtavaa (tai johtamatonta) polkua, johon erityisesti ajatus aidosta kokonaisharkinnasta on vaikeasti kytkettävissä. Thomas Krögerin Unrecht/Schuld -erotteluun ja saksalaiseen normiteoriaan pohjaava yleinen rakennemalli jää kotimaiselle voimassa olevalle rikosoikeudelle hyvin hyvin vieraaksi.

Yritän siis seuraavaksi luonnostella rikosoikeudellista tuottamusta koskevan yleisen mallin, joka pohjaa (muun ohella) kaikkeen edellä mainittuun.

OSA II

RIKOSOIKEUDEN MAISEMA JA KARTAT

”Mutta jollekin saarelle meidän täytyy viskautua.”

(Ap.t. 27:26, vuoden 1933/38 käännös)

1. ALUKSI

Aulis Aarnio on kuvannut niin oikeudellisia käsitteitä kuin systematiikkaakin *linssinä*, jonka lävitse ”oikeustodellisuutta” on mahdollista katsella siten, että linssi siis vaikuttaa siihen, millaisena kyseinen todellisuus näyttäytyy⁹⁵⁶. Erilaiset käsitteet ja niiden varaan rakennettu systematiikka merkitsevät yleisemminkin tapaa jolla hahmotamme meitä ympäröivää maailmaa⁹⁵⁷. Tältä osin voi puhua esimerkiksi juristin *työkaluista* tai vaikka *esiymmärryksestä*⁹⁵⁸. Ensimmäinen korostaa tietoiseen valintaan perustuvia ja tarkoitushakuisia ajattelun välineitä, jälkimmäinen puolestaan enemmänkin tiedostamattomia ja kaikenlaiselle ymmärrykselle välttämättömiä ajatusmalleja.

Rikosoikeudellisen vastuun kannalta niin sanottu *rikoksen rakenneoppi* merkitsee mallia, jonka kautta rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen sekä ennakoitavuuteen painottuvaan oikeusturvavaatimukseen pohjaava rikosoikeudellinen ajattelu on tavattu pukea systemaattiseen muotoon. Kyse on linssistä, jonka kautta ihmiselämän loputtoman monitahoisia ilmiöitä käsitetään rikosoikeudellisesti siten, että nimenomaan rikosvastuun kannalta relevantit seikat tulisivat rikosvastuun kannalta asianmukaisella tavalla arvioitaviksi. Kyse on rikosoikeudellisesti merkityksellisen aineiston järjestämisestä tavalla tai toisella hallittavaan muotoon. Tunnettuna esimerkkinä tästä on saksalaisperäinen ja suomessakin jo pitkään valtasemaa nauttinut kolmiportainen malli, jossa rikos määritellään 1)

⁹⁵⁶ Aarnio 1997 s. 44.

⁹⁵⁷ Uskon Juha-Pekka Renton tavoin meitä ympäröivän maailman todelliseksi ja sitä koskevan tietämyksemme aistien välittämäksi. Samalla maailma tulee tehdyksi meille ymmärrettäväksi, mikä tarkoittaa yleistämistä ja yksinkertaistamista. Voimme siis käsitellä maailmaa vain käsityskykymme puitteissa. Käsitelykykymme kuuluvat muun ohella *käsitteet*. (Rentto 1992 s. 16 ja 184–185)

⁹⁵⁸ Esim. Jyrki Uusitalo 1979 s. 181 puhuu systematiikasta juristin työkaluna, jonka turvin hän pyrkii hallitsemaan juridisiin asetelmiin usein sisältyvää huomattavaa kompleksisuutta. Esiymmärrys (*Forverständnis*) viittaa puolestaan laajempaan hermeneuttiseen aapistotuuteen siitä, ettei minkäänlainen inhimillinen tulkinta, ymmärrys tai ylipäänsä edes tiedostaminen ole mahdollista ilman jonkinlaista perustaa. Ajatuksen voi yhdistää vaikkapa Immanuel Kantiin ja tämän ”kopernikaaniseen vallankumoukseen”, jossa *aprioristen* tietämisen ehtojen kautta *noumenaalinen todellisuus sinänsä* tulee *fenomenaaliseksi* eli *havaituksi*. Kantin ”tietokyyvistä” ks. esim. Kantin kriittisen hankkeen lopulta päättänyt *Arvostelukyvyn kritiikki* (Kant 1790/2018 s. 79–92). Hermeneutiikan piirissä on tosin myös kyseenalaistettu Kantin kritiikkien kyky tavoittaa juridisia (tai ylipäänsä ihmistieteellisiä) tietämisen ehtoja sikäli, etteivät niin *puhtaan* kuin *käytännöllisen* järjen taikka *arvostelukyvynkään* kritiikit kykene tavoittamaan ihmisen tietoisuuden historiallisuutta ja siis traditiosidonnaisuutta (ks. esim. Tontti 2002 s. 11–14). Traditiosidonnaisuuden tai ihan vain vaikka konservatiivisuuden perään kaipaileva voi lukea myös vaikkapa Michel de Montaignen *Esseitä*, joista välittyy lopulta hyvin samanlainen sanoma: ”Asioilla saattaa olla oma painonsa, omat ulottuvuutensa ja ominaisuutensa, mutta sisimmässämme annamme niille sellaiset mittasuhteet kuin sielumme itse haluaa. Kuolema on kauhistuttava Cicerolle, haluttava Catolle ja yhdentekevä Sokrateelle. Terveys, omatunto, arvovalta, tieto, rikkaus, kauneus ja niiden vastakohdat riisuvat vaatteet yltyään astuessaan sieluumme ja saavat sielultamme uuden asun, sen värisen kuin sitä miellyttää: ruskean tai vihreän, vaalean tai tumman, katkeran tai suloisen, syvän tai pinnallisen, jokaisen sielun oman maun mukaan, sillä ne eivät ole sopineet yhteisistä menettelytavoista, säännöistä ja muodoista: jokainen on kuningas omalla maallaan.” (Montaigne 1588/2003 s. 417–418, esseestä I:50 Demokritoksesta ja Herakleitosksesta, ks. myös Montaigne 1588/2008 s. 233, 363, 391 ja 423–424 esseestä II:12 Apologia eli Raimond Sebondin puolustus, jossa Montaigne toteaa asiat voitavan nähdä monesta eri suunnasta ja ulkonaisten esineiden antautuvan sikäli armoillemme, että riippuu lopulta meistä, millä tavoin ne tajuaamme siten, että kuvittelemme vaikkapa ihmisen kauneuden sen muotoiseksi kuin itse haluamme. Jälkimmäisen esseen perusteella (s. 401–402) ajatuksen takana saattaisi olla ennen kaikkea ensimmäisen esseen Demokritos...) Filosofia ei Totuutta rakastaessaan voi kunnioittaa edes kopernikaanisia vallankumouksia, eikä muitakaan teorioita ajattelun aikakaudesta ja ideoiden isyyksistä. Eikä filosofi voi muuta kuin Montaignen tavoin esittää omia inhimillisiä ajatuksiaan – ”...samalla tavoin kuin lapset esittävät yritelmiään, ’esseitään’, eivät opettaakseen, vaan oppiakseen” (s. 445, esseestä I:56 Rukouksista).

tunnusmerkistön mukaiseksi, 2) oikeudenvastaiseksi ja 3) tekijässään syyllisyyttä osoittavaksi ihmistoiminnaksi – tiiviisti: ”*strafwürdiges schuldhaftes Unrecht*”⁹⁵⁹.

Erilaisia rakenneopillisia linssejä on tietysti tarjolla useita. Edellisen kolmiportaisen rakennemallin ohella voidaan mainita kaksiportainen malli, joka voidaan puolestaan rakentaa esimerkiksi rikosvastuun kannalta yhtäältä positiivisten ja toisaalta negatiivisten seikkojen varaan. Toinen luonteva vaihtoehto kaksiportaisen mallin perusratkaisuksi on erottaa rikoksen subjektiivinen ja tekijän ”päänsisäinen” puoli objektiivisesta ja ulkoisesti havaittavana toimintana tai toimimattomuutena ilmenevästä puolesta. Esimerkiksi Jussi Tapani, Matti Tolvanen ja Tatu Hyttinen sekä Sakari Melander ovat valinneet omien rikosoikeuden yleisen osan oppikirjojensa lähtökohdaksi positiivisen (rikosvastuun perustavat seikat) ja negatiivisen (vastuusta vapauttavat seikat) välisen rajanvedon⁹⁶⁰. Esimerkiksi Nils Jareborg pohjaa puolestaan vuoden 2001 *Allmän kriminalrätt* -teoksensa pikemminkin ulkonaisen teon (otillåten gärning) ja henkilökohtaisen vastuun (personligt ansvar) väliseen jaotteluun, ja kyseistä yleisesitystä jatkavat Petter Asp ja Magnus Ulväng tuovat vuoden 2013 *Kriminalrättens grunder* -teoksessa edelliseen kahtiajakoon vielä mukaan positiiviset ja negatiiviset vastuuedellytykset hienontaen sen tätä kautta tavallaan nelikentäksi⁹⁶¹. Nimenomaan subjektiivisen ja objektiivisen puolen erottelu on lähtökohtana etenkin anglosaksiselle rikosoikeudelle ominaisessa jaotellussa *actus reus* ja *mens rea*. Hieman samanlaisia piirteitä on kuitenkin havaittavissa myös saksalaisessa rikosoikeudessa 1800-luvulta asti hyvin voimakkaasti vaikuttaneessa *Unrecht* ja *Schuld* -erottelussa. Mainittakoon tässä kohdin esimerkiksi George Fletcherin erotelleen kaksi- ja kolmiportaisten systemien ohella (neuvostoliittolaisen) neliportaisen systeminkin.⁹⁶²

”Perinteistä” kolmiportaista rikoksen rakennemallia edustaa Suomessa Dan Frände. Ajatus kolmiportaisesta yleismallista on kuitenkin lopulta melko harhaanjohtava Fränden esityksen perustuessa tämän ohella nelikenttään, jossa erilaisia rikostyyppejä rajaavina muuttujina toimivat erottelut toiminta/laiminlyönti sekä tahallisuus/tuottamus. Näin ollen Fränden esitys on rakennettu tahallisia toimintarikoksia koskevan pääluvun varaan, jota seuraavat ensin tuottamuksellisia rikoksia ja tämän jälkeen laiminlyöntirikoksia koskevat luvut.⁹⁶³ Yritys, valmistelu ja

⁹⁵⁹ Kuten esim. Otto 1978 s. 57 ainakin tuolloin vallinneen varsin pitkälle menneeksi yksimielisyydeksi katsomansa asian kiteyttää. Uudenlaisista saksalaisista äänenpainoista ks. esim. Schünemann 2014 s. 1–3, joka toteaa saksankielisen rikosoikeusdogmatiikan ”paraatihevokseksi” luonnehtimansa rakenneopin tulleen tienhaaraan, jossa ulkoperäisten oikeuskulttuurien ”säteilyvaikutus” näyttäisi edellyttävän siltä ainakin jonkinasteista muutosta, tai sitten sulkeutumista. Samasta aiheesta ks. myös Schönte/Schröder 2019 (Jörg Eisele) s. 149, Vogel 2012 ja Fletcher 2000a s. 253.

⁹⁶⁰ Tapani–Tolvanen–Hyttinen 2019 s. 3–8 ja Melander 2016 s. 97–105 ja 184–186. Kyseisen rajanvedon toteaa rikoslain yleistä osaa koskevaa uudistusta arvioidessaan *lakiteknisesti* kolmiportaista jaottelua tärkeämmäksi jo Lappi-Seppälä 2003 s. 753 (asiaa koskevan HE 44/2002 s. 9 mukaisesti).

⁹⁶¹ Jareborg 2001 s. 33–39 ja Asp–Ulväng–Jareborg 2013 erit. s. 66. On hyvä huomata Jareborgin muistuttavan ”objektiivinen” / ”subjektiivinen” -erottelusta puhumisen ongelmalliseksi omaan järjestelmänsä kohdalla (2001 s. 33). Ruotsalaisesta systematiikasta ks. myös Svensson 2016 s. 129–133.

⁹⁶² Todettakoon, että anglosaksisissa common law -tradition rikosoikeudellisessa ajattelussa ajatus rikoksen ”rakenneopista” poikkeaa melkoisesti vaikkapa saksalaisesta vastineestaan ja esimerkiksi ”rikoksen rakenne” voidaan mieltää enemmänkin jonkinlaiseksi karkeaksi analyttiseksi työkaluksi kuin kaiken rikoksesta ajattelun systemaattiseksi perustaksi. Ks. esim. Blomsma 2012 s. 43, Ashworth 2009 s. 84, Duff 2007 s. 203 ja Matikkala 2005 s. 50. Saksalaisesta Unrecht/Schuld-erottelusta ks. alav. 807. Erilaisista rakenneopeista ks. myös esim. Kettunen 2015 s. 51–52 ja Lohse 2012 s. 129–130 ja Fletcher 2007 s. 43–55, joka erottaa erilaisina rikoksesta ajattelun tapoina: a) kaksijakoisen systeemin (karkeasti englannin- ja ranskan-kielinen oikeuskulttuuri; *actus reus* / *mens rea* tai *l’élément matériel* / *l’élément moral*), b) kolmiportainen systeemi (erityisesti saksan- mutta myös espanjankielinen oikeuskulttuuri sekä edelleen monet Itä-Euroopan ja kauko-idän maat), c) nelijakoinen systeemi (eräänlainen kaksijakoisen systeemin pohjalta kommunistisissa kirjallisuudessa kehitetty variaatio) sekä d) holistinen näkökulma, joka korostaa, etteivät mitkään edellisten erittelemistä osa-alueista ole toisistaan irrallisia.

⁹⁶³ Frände 2012a kyseisestä systematiikasta nimenomaisesti s. 57–65. Nelikentästä ks. jo Frände 1994b s. 29–31. Haluttaessa olla oikein tarkkoja, voidaan vielä huomauttaa Fränden suorittavan edellisten ohella perustavanlaatuisen erottelun yhtäältä *vahinkoa* ja toisaalta *vaaraa* aiheuttaviin rikoksiin (Frände 2012a s. 61–64). Tämä ei kuitenkaan heijastu enää samassa määrin esityksen lukujaotelluun.

osallisuus merkitsevät lisäksi jokaiselle kotimaiselle kirjoittajalle sellaisia rikosvastuun ”epäitsenäisiä” muotoja, ettei niiden käsittelyn kohdalla kolmi- tai kaksiportaisilla rakennemalleilla ole enää vastaavaa merkitystä⁹⁶⁴.

Tarkoitukseni ei ole sen kummemmin lähteä vertailemaan edellisten kirjoittajien rakennopillisia käsityksiä, vaan tyydyn tältä osin vain toteamaan rikosoikeudellisen vastuuopin pitävän sisällään monitahoista ja eri-ikäistä ainesta, jonka järjestäminen, esittäminen tai tällaisen esityksen ymmärtäminen eivät ole millään tapaa kovin yksinkertaisia tehtäviä. Tähän kaikkeen vaikuttaa muun ohella olennaisesti se, missä määrin itse kukakin on ehtinyt mitäkin rikosvastuuseen liittyviä seikkoja itse pohtia, ja miltä osin kyse on enemmänkin toisten joskus aiemmin miettimiin ajatuksiin tukeutumiseen.

Puhe ”suomalaisesta”, ”saksalaisesta” tai vaikka ”länsimaisesta” rikoksen rakenneopista on lopulta karkea yleistys. Siirryttäessä yksityiskohtaisempaan erittelyyn jää lopulta jäljelle vain eri kirjoittajien vuosien ja uudistettujen oppikirjapainosten myötä enemmän tai vähemmän muuttuneita ja tällä hetkellä enemmän tai vähemmän epäjohdonmukaisia malleja, joissa kamppaillaan saman perusongelman kanssa: *miten esittää rikosvastuun mitä monimutkaisin ajatusrakennelma tarkoituksenmukaisella yleisyystasolla.*

Erilaisia yleisyystasoja voidaan eritellä vaikka neljä:

1) *Yleisten oppien täydellinen yleisyys:* Pyrittäessä esittämään rikosvastuun edellytykset täysin yleisinä päädytään helposti Tapanin, Tolvasen, Hyttisen ja Melanderin itsessään melko mitäänsanomattomiin erotteluihin yhtäältä *vastuun perustaviin* ja toisaalta *siitä vapauttaviin* ehtoihin. On selvää, että tällaiset ehdot muodostuvat hyvinkin erilaisiksi riippuen siitä, puhutaanko vaikkapa aktiivisin toimin tai passiivisin laiminlyönnein suoritetuista rikoksista tai vaikkapa liikenne- tai sananvapausrikoksista. Niin kauan kuin rikos mielletään laissa kuvatuksi toiminnaksi, on tämä kuvaus aina mahdollista jakaa yhtäältä vastuun perustaviin ja toisaalta sen poistaviin seikkoihin.

2) *Yleisten oppien jyvittäminen muutamien rikoksen arkkityyppien mukaan:* Fränden hyödyntämä nelikenttä on varsin tyypillinen saksalaisille rikosoikeuden yleisten oppien yleisesityksille. Yhtäältä toiminta- ja laiminlyöntirikosten sekä toisaalta tahallisten tai tuottamuksellisten rikosten ohella yleisten oppien osalta saatetaan esityksellisesti erottaa vaikkapa seuraus- ja vaarantamisrikokset. Menetelmä on tämänkaltaisissa esityksissä monesti sama kuin vaikkapa juuri Frändellä; määritetään ensin syystä tai toisesta kuvaavin rikoksen arkkityyppi (kuten tahalliset toiminta- tai seurausrikokset) ja käsitellään sen jälkeen muita arkkityyppejä siltä osin kuin olennaisia eroja ilmenee. Tätä kautta avautuvien systemaattisten erottelujen varaan on mahdollista rakentaa huomattavasti enemmän, mutta esitys muodostuu samalla huomattavasti monimutkaisemmaksi.

⁹⁶⁴ Niin Tapani–Tolvanen–Hyttinen 2019, Melander 2016 kuin Frände 2012a erottavat kyseiset teemat esitystensä loppupuolelle itsenäisiin jaksoihin. Ks. vielä Frände 2012a s. 64–65 ja 221, joka juuri puhuu ”epäitsenäisistä” ja siis käsitteisällöltään enemmän tai vähemmän muista („täytetyistä”) rikoksista riippuvaisista delikteistä. Esim. Jareborg 2001 s. 34 puhuu tältä osin ”parasiiteista”.

Esimerkiksi Klaus Tiedemann on puhunut jo tältä osin ”erityisen osan yleisistä opeista” tai yleisen osan normien soveltamista erityiseen osaan koskevista ”metasäännöistä”, joilla hän siis viittaa sen kaltaisiin tyypittelyihin kuin vaikkapa seuraus-, vaarantamis- ja tekorikokset⁹⁶⁵.

3) *”Erityisen osan yleiset opit”*: Yleisiä oppeja on mahdollista hahmotella myös yksityiskohtaisemmin erilaisten tunnusmerkistötyyppien mukaan. Voidaan puhua esimerkiksi liikenne rikosoikeuden, talousrikosoikeuden tai vaikka EU-rikosoikeuden yleisistä opeista. Tällöin tarkastelutapa on jo huomattavasti edellisiä yleisyyden tasoja tarkempi. Samalla voidaan perustellusti kysyä, missä määrin kyse on enää ”rikosoikeuden yleisistä opeista”. Esimerkiksi Matti Tolvanen kysyy tieliikenne rikosoikeuden yleisiä oppeja muotoilevassa vuoden 1999 väitöskirjassaan, olisiko syytä puhua yhtäältä ”varsinaisen rikosoikeuden yleisistä opeista” ja toisaalta ”erityisen osan yleisistä opeista”. Tolvanen itse näkee tällaisen jaottelun keinotekoisena. ”Lähinnä opetuksellisessa” mielessä hän kuitenkin katsoo mahdolliseksi puhua vaikkapa ”vaarantamisrikosten yleisistä opeista”, vaikkakaan ei katso tämän havainnollistavan sanottavasti rikosvastuun rakennetta. Itse väitöskirjansa menetelmäksi Tolvanen kertoo hahmottaa liikenne rikoksia yleisten oppien suunnasta, mutta samalla jäsentää esitys rikostunnusmerkistöjen (eikä yleisten oppien) kautta. Lopulta Tolvanen katsookin esityksensä lähestyvän angloamerikkalaista tapaa sitoa rangaistusvastuun ehdot erikseen kuhunkin rikostunnusmerkistöön.⁹⁶⁶

Esimerkiksi saksalaisen rikosoikeuden piirissä on viime vuosina kehitelty mitä erilaisimpia rikosoikeuden osa-alueiden ”erityisiä yleisiä osia” (”Spezial-AT” tai ”Sparten-AT”) ja yleisten oppien ”yleisen tason” pohtiminen näyttäisi herättäneen samaan aikaan aiempaan verrattuna vähemmän mielenkiintoa. Asiaa pohtinut Jan Schuhr yhdistää tämän postmodernismiin ja suurten yleisten kertomusten vetovoiman vähenemiseen. Kuten Schuhr huomauttaa, eivät *contradictio in adiecto* -tyyppiset ja siis jo olemukseltaan tietyllä tapaa ristiriitaiset ”erityiset yleiset osat” ole millään tapaa täysin ongelmattomia, vaan vähintäänkin haastavat monessakin mielessä perinteisiä rikosoikeudellisia ajatusmalleja sekä etenkin saksalaisessa rikosoikeudessa keskeisessä asemassa olevan ”AT”-n (*allgemeiner Teil*) roolia ja tehtäviä.⁹⁶⁷

4) *Rikostunnusmerkistökohtaisen ”yleiset” opit*: Anglosaksinen oppikirjaperinne tarjoaa eräänlaisen ääriesimerkin rikosoikeuden yleisesityksestä, jossa ”yleisistä opeista” ei tavallaan enää voi lainkaan puhua mannermaisessa merkityksessä, koska esitys rakentuu olennaisissa määrin erityisen osan tunnusmerkistöjen varaan. Esimerkiksi Andrew Ashworth sisällyttää ”rikosoikeuden periaatteidensa” esitykseen omat lukunsa niin

⁹⁶⁵ Tiedemann 1992 s. 16.

⁹⁶⁶ Tolvanen 1999 s. 7–9. Ks. myös Tapani 2004 s. 91–102, joka pohtii rikosoikeuden yleisen osan ja fragmentaatiokehityksen välistä jännitettä, tällä kertaa talousrikosten kontekstissa. Tapanin käsityksen mukaan modernissa rikosoikeustutkimuksessa ei kyetä tekemään selvää erotelua teoreettiseen (systematisointi) ja käytännölliseen (tulkinta) rikoslainoppiin johtuen siitä, että rikosoikeuden yleisiä oppeja lähestytään nimenomaan tiettyjen rikostyyppien kautta. Tältä pohjalta Tapani puhuu ”erityisen osan yleisistä opeista”. Ks. myös Tapani 2006a s. 311–332 sekä Tapani 2010 s. 25, jossa tämä korostaa yleisten vastuuoppien ja vielä niitä konkretisoivien RL 3–5 luvun säännöstenkin saavan *aina* sisältönsä vasta konkreettisesti tapauksessa sovellettaessa jotakin yksittäistä RL:n erityisen osan rikostunnusmerkistöä. Tästä huolimatta Tapani toki arvelee kyseisessä teoksessa vain tiettyjen rikostyyppien varassa esittämänsä yritysopillisten kannanottojen auttavan jäsentämään myös muihin rikostyyppisiin liittyviä tulkintaongelmia (s. 26).

⁹⁶⁷ Schuhr 2017 s. 152–153, 158–159 ja 161.

henkirikoksille, väkivalta- ja seksuaalirikoksille kuin erityyppisille omaisuus- tai ”epärehellisyys”-rikoksille⁹⁶⁸.

Edellä hahmoteltu jatkumo alkaa 3 ja 4 kohdissa kääntyä yhä enemmän rikosoikeuden yleisten ja erityisten oppien ohella rikoslain yleiseen ja erityiseen osaan. Esimerkiksi Lauri Lehtimaja on tältä osin puhunut ”systemaitointiakselin” valinnasta, jonka Lehtimaja lopulta katsoo oikeuspedagogiseksi tarkoituksenmukaisuuskysymykseksi; rikoslain yleisestä osasta voidaan erottaa ongelmakohtaisia erityisiä oppeja ja erityisestä osasta puolestaan abstrahoida ongelmakohtaisia yleisiä oppeja.⁹⁶⁹ Nähdäkseni ajatus edellä mainittujen valintojen sivuuttamisesta ”pedagogiikkana” antaa helposti kuvan koko asiasta jonkinlaisena vähäpätöisenä sivuseikkana. Tällaiseksi sitä ei kuitenkaan kannata mennä uskomaan. Kuten tutkimukseni I-osassa esitin, yleisiin oppeihin liittyvät systemaattiset ratkaisut eivät ole rikosoikeudellisessa ajattelussa sivuseikkoja, vaan liittyvät olennaisesti siihen, millaisia painoarvoja itse kukin rikosoikeutta koskevassa ajattelussaan millekin antaa. Esimerkiksi Klaus Tiedemann toteaa talousrikosoikeuden yleisiä oppeja hahmotellessaan, ettei rikosoikeuden yleisellä osalla ole minkäänlaista etusijaa erityiseen osaan nähden, vaan demokraattisen päätöksenteon kohdistuessa ensisijaisesti erityisen osan rikostunnusmerkistöihin, on kyseiset tunnusmerkistöt ymmärrettävä itsenäisiksi jonkinlaisten yleisen osan pelinappuloiden sijaan. Yleinen osa onkin Tiedemannin mukaan sovittava erityiseen – ei päinvastoin!⁹⁷⁰ Jo tämänkaltaisen kannanotto kertoo paljon siitä, millaisia metodologisia ja vallanjaollisia аспектеja asiaa koskeviin valintoihin liittyy. Kaksijakoiseen malliin päätyneet Tapani, Tolvanen ja Hyttinen kertovat oppikirjansa tavoitteeksi ”lainkäyttäjän arkipäivää” ja oikeudellisten ongelmien ratkaisemista palvelevan yleisiä oppeja koskevan ”luotettavan perusrakenteen” esittämisen⁹⁷¹. Niin ikään kaksijakoiseen malliin turvautuva Melander puolestaan pyrkii lävistämään rikosoikeuden yleiset opit perus- ja ihmisoikeusargumentaatiolla sekä eurooppalaisella ja kansainvälisellä rikosoikeudella⁹⁷². I-osan 2. luvun valossa ei ole yllättävää, etteivät monimutkaiset systemaattiset erittelyt näyttäyty kyseisistä lähtökohdista houkuttelevilta. Sen sijaan esimerkiksi Frände pyrkii puolestaan omassa oppikirjassaan hyvin täsmälliseen systemaattis-dogmaattiseen esitykseen, mitä ilmentää vaikkapa jo se tarkkuus, jolla teoksen ruotsinkielestä suomeen kääntänyt Markus Wahlberg terminologisia valintoja pohtii. Paljon kertoo myös se, että kääntäjä korostaa teosta yleisten oppien oppikirjaksi tyytyn ainoastaan arvelemaan teoksen herättävän kiinnostusta myös käytännön oikeuselämän saralla.⁹⁷³ Jokainen voi edellä mainittuja teoksia lukemalla todeta, missä määrin systemaattisessa esityksessä on kyse esimerkiksi ”vain” pedagogiikasta...

⁹⁶⁸ Ks. Andrew Ashworthin oppikirja *Principles of Criminal Law* (Ashworth 2009).

⁹⁶⁹ Lehtimaja 1981b s. 40–42.

⁹⁷⁰ Tiedemann 2010 s. 48.

⁹⁷¹ Tapani–Tolvanen–Hyttinen 2019 s. v–vi. Ks. myös Tolvanen 1999 s. 174, jossa tämä toteaa pohjoismaisille kirjoittajille yhteiseksi piirteeksi oppirakennelmien välttämisen, mikä näkyy rikoksen kolmijaon perustelemisella lähinnä käytännöllisillä ja esitysteknisillä syillä (mikäli sitä ylipäänsä perustellaan). Kolmijako nähdäänkin Tolvasen mukaan käyttökelpoisena instrumenttina rikoksen eri puolien tarkastelulle. Vrt. hieman erisuuntaisesti Tapani 2004 s. 72, joka puhuu rikoksen rakenneopista rikosoikeuden ideaalimallina, joka määrittää keskeisesti, millaisen ajatusmallin kautta arvioimme tekoja rikosoikeudellisesti. Tapani rakensi vielä väitöskirjassaan hahmottelemansa petoksen teoreettisen vastuurakenteen nimenomaa kolmiportaisen rikoksen rakenneopin varaan (2004 s. 105–107).

⁹⁷² Melander 2016 s. ix. Ks. myös Melander 2007 erit. s. 191–203, jossa tämä pohtii rikosoikeudellista eriytymiskehitystä korostaen rikosoikeuden laajenemiskehityksen ja myös erinaisten kriittisten suuntausten (vaikkakin Melander käsittelee tältä osin vain feminististä kritiikkiä) sekä eurooppalaistumisen aiheuttavan eriytymiskehitystä paitsi aineellisessa rikosoikeudessa myös yleisten oppien tasolla.

⁹⁷³ Frände 2012a s. xvi–xvii.

2. RIKOSOIKEUDELLINEN MAISEMA

2.1 Johdanto

”Rättsvetenskapens stora utmaning består därför i att förstå. För domare och praktiserande jurister är däremot den stora utmaningen att tolka. Naturligtvis sysslar även rättsvetenskapsmännen med tolkning, men det är inte deras främsta uppgift. Deras väsentligaste uppdrag är att förstå sitt forskningsobjekt i all dess komplexitet och rikedom.”

”Men vad gör rättsvetenskapsmännen då de försöker förstå någonting? Först av allt måste de skapa sig en allmän överblick av den terräng de undersöker. De måste märka ut fästepunkterna på den karta de ritar upp. De måste känna till de ”platser” (topoi) utifrån vilka de begynner sin vandring i terrängen. Denna första kartläggning av terrängen kallar jag för topologisk bestämning.”

(Lars D. Eriksson⁹⁷⁴)

Maisema ja sen pohjalta laadittujen *karttojen* välinen monitahoinen suhde on metafora, johon muun ohella oikeusteoriassa on usein turvauduttu yritettäessä selittää, mitä etenkin oikeustiede tekee muodostaessaan oikeutta koskevia mallejaan. Ajatuksena on yleensä se, että kaiken lähtökohtana on jonkinlainen *annettuna otettava maisema*, joka kuitenkin on kartanpiirtäjän toimesta kuvattavissa mitä moninaisimmin eri tavoin. Karttojen laatiminen onkin tavoitesidonnaista toimintaa, jossa kartanpiirtäjä joutuu miettimään, millaista tarkoitusta varten hän milloinkin karttojaan piirtää. Kartan ajatuksena on vääristää todellista maisemaa. Boaventura De Sousa Santos erittelee kolme autonomista, mutta myös keskenään vuorovaikutuksessa olevaa vääristämisen mekanismeista: 1) mittakaavan, 2) projisoinnin sekä 3) symbolit. *Mittakaavassa* on kyse ”koherentista unohtamisesta” – epärelevantin aineksen sivuuttamisesta. *Projisointi* tapahtuu aina tietyistä pisteistä, joka voi olla niin fyysinen kuin symbolinenkin tila – vaikkapa Jerusalem, Mekka tai tahallinen seurausrikos. Tätä kautta karttaan muodostuu yhtäältä keskusta ja toisaalta periferiat. Kartassa hyödynnettävät *symbolit* ovat vääristämisen mekanismeista monimutkaisimpia, koska ne operoivat kahden edellisen pohjalta ja niiden jo asettamissa rajoissa. Olennaista on se, että kartassa vallitsee jatkuva jännite edustavuuden ja tarkoituksen välillä. Kartat ovat aina epävakaita kompromisseja – valintoja, joihin vaikuttavat paitsi tekniset seikat myös kartanpiirtäjän ideologia ja etenkin siis kartan kulloinenkin käyttötarkoitus.⁹⁷⁵ Suunnistaja ei halua reppuunsa Jorge Luis Borgesin keisarillisten kartanpiirtäjien laatimaa ja lopulta tismalleen keisarikunnan kokoiseksi paisunutta karttaa. Mikrobiologi ei puolestaan tyydy edes tismalleen tutkimiensä solujen kokoihin malleihin.

Maiseman ja kartan erottaminen ei ole useinkaan kovin helppoa. Ei enenkään oikeuden maailmassa, jossa sopimuksen, osakeyhtiön ja rikoksen kaltaiset seikat eivät ole kivien tai edes solujen kaltaisia käsin kosketeltavia asioita, vaan pitkälti jo

⁹⁷⁴ Eriksson 1997a s. 70. Ks. myös Eriksson 1997b s. 13–15, jossa Eriksson painottaa *ymmärryksen* tulevan aina ennen *tulkintaa*. Ymmärrys voi Erikssonin mukaan sinällään esiintyä eri asteisena, mutta yleisellä tasolla kyse on ei-vielä-artikuloitusta käsityksestä, joka voi syntyä yllättäenkin. Tulkinnassa on sen sijaan kyse konkreettisesta sisällön tai vastausten etsinnästä, mikä ei koskaan tapahdu äkkiarvaamatta. Itse näen hermeneuttikkona ymmärryksen ja tulkinnan välisen suhteen enemmänkin kehämäisenä prosessina, jossa ennen ja jälkeen tulevaa on vaikea erottaa.

⁹⁷⁵ Santos 1987 erit. s. 282–286 ja 291–297.

valmiiksi inhimillisen ajattelun tuotoksia – eräänlaisia Popperin 3. maailman asukkaita. Esimerkiksi Claes Lernerstedt puhuu rikosoikeuden kartoista, jotka kertovat käyttäjälleen, *mikä* on rikosvastuun arvioimisen kannalta relevanttia (ja usein vielä olennaisemmin: mikä sellaista ei ole!), *millainen* painoarvo kulloinkin relevanteille seikoille tulee antaa ja *miten* näitä seikkoja on milloinkin käsiteltävä. Kyse on karttojen *kuvaavasta*, *arvostelevasta* ja *ohjaavasta* tehtävästä. Tämän kaiken keskellä on vaikea erottaa *ontologiaa* ja *strategiaa*; sitä, milloin kartta kuvaa tiettyä maiseman piirrettä yhtäältä sellaisena kuin se *todella* on ja toisaalta *ikään kuin* sellaisena kuin se on.⁹⁷⁶

Erilaiset rikoksen rakenneopilliset mallit ovat malliesimerkki rikosoikeudellisista kartoista, joissa ajatuksena on kuvata rikos erilaisten osatekijöidensä summana. Edellä mainitut kaksi-, kolmi- ja neliportaisetkin mallit voi kaikki ajatella yrityksiksi piirtää kartta siitä, miten rikosoikeudellisessa maailmassa – tarkemmin ottaen *syyksi lukemisen* osalta – liikutaan. Kyse ei ole millään tapaa neutraaleista ”rikoksen kuvista”, vaan arvoarvostelmia edellyttäviä valintoja jo itsessään sisältävistä ja käyttäjänsä monella tapaa ohjaavista esityksistä. Lisäksi kysymys siitä, missä määrin vaikkapa syyllisyyttä ylipäänsä voi ”kuvata” ei ole lainkaan yksiselitteinen.

Oman tutkimukseni kannalta olennaista on se, että erityisesti rikosoikeuden yleisesityksissä hyödynnetyt rikoksen rakennemallit tapaavat muodostua reseptinomaisiksi ja *check list* -tyyppisiksi luetteloiksi, joilla ennen kaikkea opiskelijoiden ja lainkäyttäjien päähän yritetään takoa sitä, mitä kaikkea olisi muistettava tarkistaa ennen kuin rikoksen voi todeta tulleen täyttyneeksi⁹⁷⁷. Tämänkaltaiset rakennemallit muodostuvat helposti eräänlaisiksi prosessikaavioiksi, joiden puitteissa rikosoikeudellinen ajattelu etenee kohta kohdalta ja askel asekelelta kohti maalia eli täyttynyttä rikosta. Mikäli joku vuoron perään tarkasteluun otettavista vastuun edellytyksistä jää täyttymättä voi matkan keskeyttää. Rikosvastuu on kuin muurin harjalla tasapainoileva Tyrris Tyllerö, joka harppoo eteenpäin yli syyntakeisuuden, syy-yhteyden, teon huolimattomuuden, syyksiluettavuuden ja niin edelleen erilaisten oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden yrittäessä vielä mahdollisesti horjuttaa kulkua. Matka voi keskeytyä koska vain, eikä tämän jälkeen ”Tylleröä enää voi kukaan parantaa”.

Kaikkien karttojen tavoin tällaisissa malleissa on omat hyvät ja omat huonot puolensa. Hyvänä puolena on monissa rikosvastuun arviointitilanteissa saavutettava systemaattinen ja pedagoginen selkeys, minkä pohjalta kumpuaa myös tietynlainen ennustettavuus. Kaikkien kuljettaessa Tylleröä samojen esteiden halki samassa järjestyksessä muodostuvat rikosvastuuta koskevat ratkaisut ainakin lähtökohtaisesti samantapaisiksi. Huonona puolena on se, että tämänkaltaiset mallit joutuvat ongelmiin tilanteissa, joissa rikosvastuun arvioiminen syystä tai toisesta edellyttääkin

⁹⁷⁶ Lernerstedt 2013 s. 15–16 ja 19.

⁹⁷⁷ Ks. esim. Träskman 2010 s. 77–78, joka toteaa rikoksen käsitteen (brottsbegreppet) edustavan käytännön päätöksentekijälle muistilapun kaltaista toimenpidelistaa, jonka avulla hän voi todeta, minkä seikkojen olemassaoloa rikosvastuun toteamiseksi on tutkittava ja missä järjestyksessä. Esim. Lohse 2014 s. 181–182 puhuu rikoksen rakenteesta ”marssijärjestyksenä” ja ”vaiheajatteluna”, joka siis määrittää millaisten vaiheiden kautta argumentaatio etenee. Vrt. Pawlik 2012 s. 9–15, joka asettuu vastustamaan ajatusta rikosoikeuden yleisten oppien järjestämisestä reseptikokoelmaksi, jossa *dogmatiikasta* tehdään keskiwertojuristin käsissä todennäköisesti hyväksyttävissä olevia tuloksia tuottavaa *didaktiikkaa*. ”Check list-luonteesta” ks. myös Cavallin 1999 s. 52–53. Juuri tällainen resepti on esim. se saksalainen kolmiportainen ”uusi rikosoppi”, jota Hans-Heinrich Jescheck vuonna 1985 Helsingissä, Turussa ja Rovaniemellä pitämässään vierailuluennossa tarjosi suomalaisille pragmaatikoille harkittavaksi (Jescheck 1986). Jescheckin omin sanoin kyse on ihmisteen tarkastelemisesta eri aspekteista ja arvostelusta eri tasoilla. ”Kun nämä tasot käydään konkreettisen tapauksen ratkaisua etsittäessä yksi kerrallaan järjestyksessä lävitse, tulee rationaalinen, yhdenvertainen ja oikeusturvan takaava oikeuskäytäntö mahdolliseksi.” (Itse asiassa Jescheckin rikosoppi oli lopulta ”neliosainen”, koska hän erotti vielä *teon* käsitteen omaksi muut kolme aspektia toisiinsa liittäväksi seikaksi.)

tarkkarajaisten kyllä tai ei -vastausten sijaan kokonaisvaltaisempaa punnintaa. RL 3:4.1:n määrittämän rikosoikeudellisen vastuun toteaminen on (liki aina) helppoa tehdä vaikka heti aluksi ja riippumatta muista rikosvastuun edellytyksistä. Myös syy-yhteyden arviointi saattaa onnistua melko itsenäisenä kysymyksenä, vaikkakin edellyttää aina myös jonkinlaista käsitystä siitä, millaisen teon tai laiminlyönnin ja seurauksen tai vaaran suhteen syy-yhteyttä arvioidaan. Samoin tahallisuus voitaneen ajatella lähtökohtaisesti melko itsenäiseksi arvioinnin kohteeksi – kunhan tiedetään sen kohde eli niin sanottu ulkoinen tunnusmerkistö. ”Erehtymisen ilmeisen anteeksiannettavuuden”, ”teon kokonaisuutena arvioiden puolustettavuuden” taikka ”vaaran torjumisen tarpeellisuuden” arviointia edellyttävän kieltoerehdyksen, hätävarjelun tai pakkotilan käsilläolon tai olemattomuuden toteaminen ei sen sijaan ole enää lainkaan yhtä suoraviivaista. Puhumattakaan huolimattomuuden törkeyden arvioinnista, jossa RL 3:7.2:n mukaisesti on huomioitava ”tekoon ja tekijään liittyvät olosuhteet”. Mitä muuta rikokseen ylipäänsä syyksi lukemisen vaiheessa liiittykään kuin *teon ja tekijän olosuhteet*?!

Rikosoikeudessa on jo pitkään tiedostettu, että oikeudenalan keskeiset opit on muotoiltu pitäen silmällä ennen kaikkea tilannetta, jossa yksittäinen rikoksentekijä aiheuttaa konkreettisen vahinkoseurauksen aktiivisella ja sinällään kielletyllä teolla, joka on ilmeisessä ja välittömässä syy-yhteydessä juuri kyseiseen seuraukseen⁹⁷⁸. Esimerkiksi laiminlyönnit, vaarantamiset, yritykset sekä useiden henkilöiden yhteistoiminta ja tuottamus ovat olleet ”periferisiä” ilmiöitä, joiden osalta on pitkään tyydytty kehittämään erinäisiä poikkeuksia ja lisäyksiä siihen, mitä ”perinteisen” rikoksen osalta on ajateltu. Tilanne on kuitenkin viimeistään 2000-luvulle tultaessa muuttunut siten, ettei erinäisten mahdollisten rikosvastuun tilanteiden hahmottaminen onnistu yksinomaan tahallisten seurausrikosten kautta. Rikosoikeuden painopiste muuttuu ja sitä mukaa muuttuvat myös ytimen ja periferioiden väliset rajalinjat. Esimerkiksi liikenteeseen, ympäristöön, talouteen tai terrorismin torjumiseen keskittyvät rikosoikeuden sektorit⁹⁷⁹ eivät tule toimeen malleilla, jotka on kehitelty ajatellen murtovarkauksia ja nakkikioskitappeluita harrastavaa Rosvo-Roopea. Jo tilanteet, joissa Rosvo-Roope sen sijaan harrastaa sukupuolitaudeistaan huolimatta suojaamatonta seksiä, kuljettaa liikenteelle vaarallisella ajoneuvollaan jätettä dumpattavaksi metsään ja tulee tästä kaikesta ansaitsemiaan rahojaan puolihuolimattomasti sijoitellessaan rahoittaneeksi terroristijärjestöjä, ovat perinteisen rikosoikeuden kannalta vaikeita ja monimutkaisia. Puhumattakaan tilanteista, joissa toimijana naamio silmillä toilailevan Rosvo-Roopen sijaan on vaikkapa monikansallinen yritysorganisaatio.

Sakari Melander kysyy oppikirjassaan suoraan, onko staattinen rikoksen rakennemalli ylipäänsä enää tarpeellinen. Melander nostaa tältä osin jonkinlaiseksi vertailukohdaksi niin sanotun oikeuslähdeopin, jonka kohdalla puhe *staattisesta* on erityisesti kansainvälistymis- ja eurooppalaistumiskehityksen johdosta jo vaihtunut *tilannesidonnaiseen*. Tilannesidonnaisissa malleissa on Melanderin mukaan kyse ennen muuta asianmukaiseen oikeudelliseen ratkaisuun pyrkimisen korostamisesta nimenomaan sisällöllisten ratkaisuperusteiden saadessa ensisijaisen aseman

⁹⁷⁸ Rikosoikeudellisen järjestelmän aparatuuuri on yleisemminkin totuttu virittämään suhteellisen yksinkertaisen yksilörikollisuuden käsittelyyn (Jonkka 1991 s. 235). Ks. kuvauksia stereotyyppisistä rikoksen ”prototyypeistä” alav. 798.

⁹⁷⁹ Esim. kotimaisten väitöskirjojen kestoaiheena on pitkin 2000-lukua ollut tuoda erinäisiä rikosoikeuden erikoissektoreita osaksi rikosoikeuden yleisiä oppeja – tai päinvastoin. Ks. esim. tieliikenteen osalta Tolvanen 1999, ympäristön osalta Pirjatanniemi 2005, talouden osalta Hakamies 2012, Sahavirta 2008 ja Koponen 2004 sekä terrorismin torjunnan osalta Lohse 2012.

muodollisiin hierarkioihin verrattuna. Melander esittääkin arvauksen siitä, että rikoksen rakenneoppi voisi olla tulevaisuudessa korvautumassa oikeuslähdeopin tapaan tilannesidonnaisella tai ainakin perinteistä kolmiportaista mallia vähemmän staattisella mallilla. Syynä tähän on juurikin (rikos)oikeudellisen todellisuuden moninaistuminen, eriytyminen, valtiosääntöistyminen ja eurooppalaistuminen, mitä 1900-luvulla kehitetyt rakennemallit eivät ainakaan ongelmitta kykene hallitsemaan. Melander omaksuukin esitykseensä jo edellä mainitun tavoin kaksiportaisen ja siis yksinkertaistetun rakennemallin. Muutoksiin reagoimista kolmiportaiseen malliin tehtyjen lisäkategorioiden muodossa Melander ei kaikessa monimutkaisuudessaan pidä suotavana.⁹⁸⁰

Uskoakseni Melander on tavoittanut jotain hyvin olennaista peräänkuuluttaesaan dynaamisemman ja sisällöllisiin ratkaisuperusteisiin keskittyvän rakennemallin tarvetta. Yritän seuraavaksi muotoilla oman ja siis tutkimukseni puitteissa eritoten tuottamuksellisia rikoksia silmällä pitäen kehitetyn rakennemallin. Jo esitettyjen rakennemallien tapaan en kuitenkaan tyydy ainoastaan järjestelemään rikosvastuun osatekijöitä uudestaan. Sen sijaan että piirtelisin uusia karttoja vanhojen päälle⁹⁸¹, kysyn seuraavaksi, *millainen on se rikosoikeuden maisema, jonka pohjalta karttoja ylipäänsä piirretään.*

Sinällään seuraavaksi esittämäni *maisemamalli* toki pohjautuu ennen kaikkea tahallista tekemistä ajatellen luotuihin rikosoikeudellisiin ajatusmalleihin. Etenkin yritystä ynnä muita rikoksen vaiheita, osallisuutta sekä pitkälti myös niin sanottua peittämisperiaatetta ja erehdysoppeja koskevat olemassa jo olevat opit kun nyt jo edellä mainitun tavoin yksinkertaisesti on ajateltu tahallisuuden (ja pitkälti suoranaisten tarkoituksellisen toiminnan) kautta. Ajatukseni on, että näiden kaikkien käsittely on sinällään hyvinkin hyödyllistä myös tuottamusta pohdittaessa. *Ensinnäkin* erilaiset myötävaikuttamisen tavat, rikosoikeudellisesti relevantin tekemisen kronologinen eteneminen, tekijän tiedostaman ja ulkoisen tosiasiallisen maailman vastaavuus ynnä muu sellainen ovat merkityksellisiä seikkoja toimittaessa tai toimimatta jätettäessä niin tahallisesti kuin tuottamuksellisestikin. *Toisekseen* olen kiinnostunut voimassa olevasta oikeudesta. Tämä sitoo tarkastelun auttamatta traditioon. En voi vain keksiä omia tuottamusoppejani, vaan ne on rakennettava olemassa olevalle pohjalle. Ja tämä pohja nyt sattuu perustumaan tahalliseen toimintaan. Eikä tämä välttämättä ole lopulta lainkaan huono asia. Ehkä

⁹⁸⁰ Melander 2016 s. 103–104.

⁹⁸¹ Lasken tällaiseksi (ja sinällään mielenkiintoiseksi) Tatu Hyttisen väitöskirjassaan suorittaman rikosvastuun elementtien kokonaisvaltaisen jäsenyyksen, jossa lähtökohtana on niin ikään ”perinteinen” kolmiportainen ajatus rikoksesta 1) tunnusmerkistön mukaisena, 2) oikeudenvastaisena ja 3) syyllisyyttä osoittavana. Nähdäkseni Hyttinen enemmänkin järjestelee vanhoja karttoja ja vastuupiin palasia haluamaansa järjestykseen kuin ehdottaisi mitään perustavammalla tavalla uutta. (Hyttinen 2015 s. 54–67) Olen itsekin hahmotellut samantapaista (ja siis lähinnä yhteenvedonomaista) mallia – Hyttisen kanssa juurikin samantapainen problematiikka mielessäni; miten (ja *mihin*) sijoittaa perus- ja ihmisoikeusargumentit (omassa esityksessäni tarkemmin ottaen itsekriminointisuoja) rikoksen rakenneoppiin? (Rankinen 2013 erit. s. 217) En malta olla kääntämästä nyansoitua systematiikkaa Hyttistä itseään vastaan huomauttamalla, ettei Hyttinen nimenomaan itsekriminointisuojan osalta näytä esityksessään onnistuneen kaikilta kohdilta sisäistämään sen *rikosoikeudellista* ulottuvuutta. Hyttinen 2015 s. 76–77 antaa itselleen oikeuden tarkastella itsekriminointisuojan *rikosoikeudellista* merkitystä sellaisen esimerkin avulla, jossa arvokuljetusryöstöstä epäilty henkilöä kuulustellaan epäasiallisesti. Nähdäkseni esimerkillä ei ole juuri mitään tekemistä *aineellisen* rikosoikeuden – eli *syytön tai syyllisen* -kysymyksen – kanssa. Arvokuljetus on tai ei ole *ryöstetty* RL 31:1:n tarkoittamalla tavalla riippumatta siitä, miten ryöstäjää (tai yhtä heistä) myöhemmin kuulustellaan. Rikosprosessioikeudellisesti kuulustelun asiallisuus tai epäasiallisuus on tietysti mitä olennaisin kysymys (ja ehkä jopa pitkälti ns. hyödyntämiskielolla ratkaistu sellainen (Frände 2016c s. 347)). Aineellisen rikosoikeuden kannalta sillä ei kuitenkaan ole relevanssia. Näin Hyttisen esimerkki poikkeaa perustavalla tavalla siitä (ratkaisun KKO 2009:27 ja myöhemmin vielä 2014:67 mukaisesta) lähtötilanteesta, jossa tietyn rikostunnusmerkistön mukainen (tai ainakin sellaiselta vaikuttava) teko on suoritettu itsekriminointisuojan kannalta relevantilla tavalla. Asetelma, jossa arvokuljetus ryöstetään oma syyllisyys samalla jostain muusta rikoksesta itsekriminointisuojan kannalta relevantilla tavalla paljastaen lienee sekin kuviteltavissa, mutta Hyttisen esityksessä ei sellaisesta ole kysymys.

rikosoikeuden ”ydin” on mitä aiheellisinta säilyttää tahallisessa (ehkä jopa tarkoituksellisessa) toiminnassa.

2.2 Maisema

Rikos on ihmismielen, ja rikos(prosessi)oikeudellisesta laillisuusperiaatteesta ja syyttömyysolettamasta johtuen tarkemmin sanoen lopulta aina lainsäätäjän ja -käyttäjän yhteispelin, tuote. Ei ole olemassa rikosta ilman sen yleisellä tasolla määrittävää kriminalisointia ja vieläpä yksittäistapauksessa toteavaa syyksi lukevaa tuomiota (tai joissain tapauksissa muunkin viranomaisen päätöstä). Ei rikosta ilman lakia, ei syyllisyyttä ilman toisin todistamista. Tämä ei tarkoita, etteikö rikoksen taustalle olisi mahdollista hahmotella lakipykälää tai tuomioistuinratkaisuja yleisempää ajatusmallia siitä, minkä seikkojen varaan rikos perustuu. Rikosoikeudessa päähuomio on kuitenkin jo pitkään ollut säädännäisen oikeuden normimateriaalin järjestelyssä yhä uusin ja uusin tavoin. Ottaen huomioon rikosoikeudessa korostunut laillisuusperiaate sekä ylipäänsä oikeuspositivismin valta-asema, on tämä ymmärrettävää. Rikoksen toteaminen on luontevaa aloittaa tunnusmerkistöstä ja siis sen täyttymisestä. Valitettavasti tältä osin käy helposti niin, että rikosoikeudellinen ja rikosta koskeva ajattelu ylipäänsäkin tulee lukituksi yksittäisiin tunnusmerkistöihin ja esimerkiksi vastuuvapausperusteita koskeviin säännöksiin. Yritän seuraavaksi päästä irti tällaisesta positiivisen oikeuden ehtoilla tapahtuvasta ajatusmallista.

Erinomaisen lähtökohdan tähän tarjoavat 2000-luvulla muodostetut kriminalisointiteoriat, joissa rikostunnusmerkistöjä ei oteta annettuina, vaan huomio suunnataan niiden edellytyksiin. Kysyttäessä, millä perustein tietty ihmistoimi alun perin voi tai jopa tulee kriminalisoida, joudutaan automaattisesti pohtimaan yksittäisiä tunnusmerkistöjä perustavanlaatuisempia kysymyksiä, jotka ovat myös huomattavasti jo valmiiden säännösten soveltamista lähempänä poliittis-moraalisia arvoarvostelmia⁹⁸².

Kriminalisointiteorioita ovat pohjoismaissa kehittäneet jo mainitun Sakari Melanderin lisäksi väitöskirjoissaan myös etenkin Claes Lernerstedt (*Kriminalisering* (2003)) ja Merita Kettunen (*Legitimizing the Use of Transnational Criminal Law* (2015)). Heistä kaikki ovat lopulta pukeneet teoriansa kriminalisoimisen ehtoja merkitsevien periaatteiden⁹⁸³ muotoon. Melanderin ja Kettusen teoriat ovat keskenään varsin yhtenevät ja jakavat keskeiset peruslähtökohdat. Kettunen sitoutuu Melanderin tavoin hyvin voimakkaasti valtiosääntöoikeuteen, ennen kaikkea perus- ja ihmisoikeuksiin⁹⁸⁴. Lähtökohtaa voi nimittää vaikka Kettusen tavoin

⁹⁸² Esim. Backman 2003 s. 2 huomauttaa ilmaisan ”kriminalisointiperiaatteet” siinä mielessä harhaanjohtavaksi, että niiden kuvaama arvoperusta määrittelee rikosoikeudessa paljon muutakin kuin ihmisen käyttäytymisen määrittelyä rikokseksi – käytännössä se määrittää koko rikosoikeuden alaa. Kyse on myös mm. siitä, miten rikosvastuun yleiset edellytykset muotoillaan, millaisia seuraamuksia ja pakkokeinoja käytetään ja millä tavoin rikosoikeudellisia seuraamuksia pannaan täytäntöön. Puhuttaessa ”kriminalisoinneista” on hyvä huomata niillä voitavan (tietysti) ymmärtää monia eri asioita. Esim. Lacey 2016 s. 14–15, 23 ja 26) puhuu *kriminalisoinnin maastosta* (”the terrain of criminalization”) viitaten ”kriminalisoinnilla” koko prosessiin, jossa tietty ihmistoiminta lainsäädännön, esitutkinnan, tuomioistuinmenettelyn ja täytäntöönpanon kautta tulee rangaistuksi. Kuten jatkossa huomataan juuri Lacey’n kielikuva tulee hyvin lähelle sitä, mitä itsekkin yritän tutkimuksessani tehdä.

⁹⁸³ Lernerstedt 2003 s. 29–30 tosin puhuu ”filttereistä”, jotka kriminalisoinnin on siis läpäistävä ollakseen hyväksyttävä. Esim. s. 352 hän tosin tiivistää filttereidensä merkityksen varsin periaatteenomaisiksi ohjeiksi. Ks. Lernerstedtin (oikeus)periaatteita koskevasta käsityksestä s. 102–110.

⁹⁸⁴ Kettunen 2015 s. 64. Ks. s. 153–171, joissa Kettunen korostaa niin EU- kuin EIS-järjestelmän kohdalla ”valtiosääntöoikeudellisten” rakenteiden olevan vaikkapa kotimaiseen pitkälti perustulakiin nojaavaan järjestelmään verrattuna varsin moninaisia ja joustavia. Vertailukohtana Kettusen euroopparikosoikeudellisille kriminalisointiperiaateille ks. esim. kansainvälisen akateemikkoryhmän vuonna 2009 julkaistu eurooppalaista kriminaalipolitiikkaa koskeva manifesti, jossa eurooppalainen valistuksen perinne on pyritty tiivistämään kuuteen periaatteeseen: 1) legitiimin tarkoituksen periaate, 2) ultima

”jälkipositivistiseksi”: oikeusnormien, ja siis tässä kohdin nimenomaan kriminalisointien, hyväksyttävyys perustuu sinällään muodon ohella sisällöllisiin ja viime kädessä moraaliin palautuviin vaatimuksiin, mutta tämä tapahtuu välillisesti valtiosääntöoikeudellisten normien kautta. Kettunen painottaakin, ettei rikosoikeus suojele moraalia sinänsä, vaan sen sijaan ainoastaan ”todellisia” intressejä.⁹⁸⁵ Olennaiseksi eroksi Melanderin ja Kettusen teorian välillä muodostuukin se, että siinä missä Melander rakentaa oman teorian kotimaista rikosoikeutta silmällä pitäen, kohdistuu Kettusen teoria eurooppalaiseen (EU:n ja EIS:n järjestelmien) rikosoikeuteen.

Niin Melander kuin Kettunenkin erottelevat kriminalisointiperiaatteikseen: *laillisuusperiaatteen*, *oikeushyvien* (tai oikeudellisten intressien) *suojeleminen periaatteen* sekä *ultima ratio -periaatteen*, joista jälkimmäisestä Kettunen tosin puhuu myös subsidiaarisuutena ja suhteellisuutena. Lisäksi molemmat puhuvat *ihmisarvon kunnioittamisen* tai *loukkaamattomuuden periaatteesta*, Kettunen tosin laajemmin perusoikeuksien kunnioittamisen periaatteena, millä ei tosin liene sen suurempaa merkitystä, koska Kettuselle ihmisarvo merkitsee kaikkien perustavanlaatuisien ihmisoikeuksien perustaa. Periaatteiden tasolla olennaisin ero on siinä, että Melander erottaa *hyöty-haitta-punninnan* omaksi periaatteekseen, Kettunen sen sijaan *kansallisten rikosoikeusjärjestelmien perustavien elementtien kunnioittamisen*.⁹⁸⁶

Lernestedtin teoria poikkeaa sen sijaan Melanderin ja Kettusen teoriasta huomattavasti. Valtiosäännön tai muun positiivisen oikeuslähdeaineiston sijaan Lernestedt rakentaa teorian ennemminkin oikeusteorian ja -filosofian varaan. Valtiosääntöoikeuteen Lernestedt suhtautuu huomattavasti Melanderia ja Kettusta varauksellisemmin kiinnittäen huomiota politiikan ja juridiikan väliseen ongelmalliseen rajanvetoon. Lähtökohtaisesti hän rajaa *mitä*-kysymykset politiikan ja *miten*-kysymyksen juridiikan saralle, mutta toteaa rajan vetämisen hyvin vaikeaksi. Lernestedtille valtiosäännön avoimesti kirjoitetut säännökset avaavat mahdollisuuden luonnonoikeustyyppiselle ”valtiosäännön mukaan” -tyyppiselle argumentoinnille, jossa politiikka ja juridiikka sekoittuvat ja oikeustieteilijöille saattaa avautua kummallisia mahdollisuuksia juridiikan nimissä tehtyihin, mutta samalla varsin poliittisiin kannanottoihin ilman minkäänlaista poliittista mandaattia.⁹⁸⁷ Lernestedt erittelee yhteensä neljä mahdollista kriminalisointeja rajaavaa tekijää, joiden yksityiskohtaisemman tarkastelun varaan hän teorian rakentaa. Nämä ovat: 1) *intressi*, 2) *vahinko*, 3) *ennakolliset vaiheet* sekä 4) *tehokkuus*. Kyse on siitä, että kriminalisoinnin on oltakseen hyväksyttävä: 1) suojattava jotain suojelemisen

ratio -periaate, 3) syyllisyysperiaate, 4) laillisuusperiaate, 5) subsidiariteettiperiaate sekä 6) koherenssiperiaate (Manifesto 2009/2011).

⁹⁸⁵ Kettunen 2015 s. 19–21 ja 55.

⁹⁸⁶ Kriminalisointiperiaatteiden erittelystä Melander 2008 s. 193–505 ja Kettunen 2015 s. 171–191. Ihmisarvosta ihmisoikeuksien perustana ks. s. 81. Kettunen katsoo kaikki periaatteensa voitavan lopulta johtaa SEUT 83 artiklasta, joka sisältämiensä valtiosääntöisten elementtien johdosta kunnioittaa rikosoikeuden luonnetta valtioiden suvereenisuuden kannalta olennaisena elementtinä (s. 191–194 ja 238), ja johon unionin rikosoikeudellinen toimivalta tulisi myös Kettusen mukaan rajata (s. 225).

⁹⁸⁷ Lernestedt 2003 s. 81–82 ja 99 sekä vielä 109, jossa hän toteaa myös mitä erilaisimmille periaatteille voitavan suhteellisen helposti löytää tukea valtiosäännön ylimalkaisista sanamuodoista. Lernestedt toteaa valtiosääntöoikeudella olleen ylipäänsäkin varsin vähän vetovoimaa ruotsalaisessa rikosoikeudellisessa keskustelussa ja Ruotsissa osoitetun tiettyä epäluuloa yleensäkin oikeuksien kautta ajattelulle. Syyksi tähän on esitetty mm. Uppsalakoulun dominoivaa asemaa ruotsalaisessa oikeusteoriassa, minkä johdosta maailmansotien jälkeinen ”luonnonoikeuden renessanssi” (mihin Lernestedt siis liittää muun ohella EIS:n) ei koskaan oikein juurtunut Ruotsiin. (s. 98–99) Esim. s. 153 ja 179 Lernestedt varoittaa kytkevästä rikosoikeudella suojelettavista oikeushyvästä turhan vahvasti valtiosäännön konkreettisiin säännöksiin peläten tästä seuraavan oikeushyväajattelun liiallinen laajeneminen (ja samalla koko oikeushyväopin itsenäisen aseman merkityksen katoaminen). Suojelukohteiden ja valtiosäännön suhde ei toisaalta saisi jäädä myöskään liian etäiseksi, koska muutoin oikeushyviä koskevalle argumentaatiolle ei löydy oikein muuta tukea kuin epämääräinen materiaallinen liberalismi. Sinällään Lernestedt ei löydä kuitenkaan esim. EIS:sta absoluuttisia rajoja intresseille, jotka voisivat olla rikosoikeuden suojelukohteina (s. 158).

arvoista, 2) kohdistuttava toimintaan, joka aiheuttaa (tai vähintäänkin voi aiheuttaa) jonkinlaista vahinkoa ja 3) on riittävässä läheisyydessä suojelun kohteeseen sekä 4) kriminalisointi ylipäänsä omaa riittävän tehon.⁹⁸⁸ Edellä mainittujen lisäksi Lernerstedt hahmottelee peruslähtökohdat, joille katsoo modernin rikosoikeuden rakentuvan. Näitä ovat muiden ohella se, että rikosoikeus pyrkii vaikuttamaan viimesijaisena kohteenaan erilaisia toimia suorittavat ihmisryhmät, jotka toimillaan siis saavat aikaan rikosoikeudellisesti relevantteja muutoksia todellisuudessa.⁹⁸⁹ Lernerstedtin teoria onkin pyrkimys kartoittaa rikosoikeussysteemin yleisen tason legitimaatioperustasta reitti yksittäisten kriminalisointien oikeuttamiseen. Legitimaation Lernerstedt perustaa tältä osin valtiosääntöoikeuden sijaan ennen kaikkea rikosoikeusdogmatiikkaan ja -doktriiniin sekä sen taustalla olevaan poliittiseen filosofiaan ja (rikos)oikeusfilosofiaan. Lernerstedt siis tutkii mahdollisuutta rajoittaa ja kritisoida poliittista lainsäätämistä oikeusdogmatiikasta kumpuavalla argumentaatiolla.⁹⁹⁰ Myöhemmin Lernerstedt on hahmotellut rikosoikeuden karttaa vielä neljän eri toimijan kautta, jotka ovat: valtio, yhteiskunta, syytetty sekä uhri.⁹⁹¹

Edellä mainittujen kriminalisointiperiaatteiden pohjalta voidaan todeta, että rikostunnusmerkistön tulisi kohdistua tilanteisiin, joissa:

Ihmisyksilö aiheuttaa toiminnallaan vahinkoa tai ainakin sellaisen vaaraa oikeusjärjestelmän tunnustamalle intressille, oikeushyvälle. Tällaisen toiminnan kriminalisointi edellyttää lisäksi, että: 1) asiasta säädetään lailla, 2) sääntely toteutetaan siten, että ihmisryhmän arvoa kunnioitetaan, 3) ongelmaan ei voida puuttua lievemmin keinoin ja 4) kriminalisointi on riittävän hyödyllinen ja tehokas, eikä jää vaikutuksettomaksi ja siis merkityksettömäksi.

Rikosoikeudellisen maiseman osalta jälkimmäiset lisämääreet voidaan sivuuttaa. Näin ollen perustavanlaatuisiksi rikosoikeuden maisemaksi ja eräänlaiseksi rikoksen ”arkkityypiksi” saadaan seuraava tilanne:

TEKIJÄ – TEKÖ – OIKEUSHYVÄ,

jossa edellä mainitut ovat siis tekijän syyksi luettavassa suhteessa toinen toisiinsa; käytännössä siten, että *TEKIJÄ tekee (tai jättää tekemättä) nimenomaan hänelle syyksiluettavalla tavalla TEKÖN, josta edelleen seuraa (tai joka jo itsessään merkitsee) negatiivista vaikutusta OIKEUSHYVÄLLE.*

Kyse on kolmesta keskinäisessä vuorovaikutussuhteesta olevasta perusosasta, joita ilman ei *rikosta* modernin rikosoikeuden piirissä ole mahdollista ajatella. Puhuttaessa rikoksesta ja siitä seuraavasta rangaistuksesta on oltava a) tekijä, b) kyseisen tekijän teko (eli aktiivinen toimi tai laiminlyönti) sekä edelleen 3) tästä aiheutunut

⁹⁸⁸ Lernerstedt 2003 s. 127–350 sekä 352, jossa Lernerstedt vielä tiivistää kyseisten kriminalisointien hyväksyttävyyden tekijöiden merkityksen.

⁹⁸⁹ Lernerstedt 2003 s. 111–114.

⁹⁹⁰ Lernerstedt 2003 s. 17–19 ja 22–25. Lernerstedt havainnollistaa tätä dogmaattisen argumentaation kritisoivaa ja rajoittavaa suhdetta poliittiseen päätöksentekoon psykoanalyysistä otetulla esimerkillä *egosta* kontrolloimassa *id:n* viettejä (s. 19). Ajatus tulee hyvin lähelle Kaarlo Tuorin teoriaa oikeuden järjestä (*ratio*) poliittisen tahdon (*voluntas*) suitsijana ja johdonmukaistajana (ks. Tuori 2007a nimenomaisesti s. 5). Oman tutkimuksensa Lernerstedt katsoo rikosoikeusteoriaksi tai -filosofiaksi; sen tutkimiseksi, kuinka jo olemassa olevat teoriat soveltuvat kriminalisointien rajoittamiseen (2003 s. 24). Valtiosääntöoikeudelle ja etenkin EIS:lle annetaan sinällään kyllä merkitystä, mutta erosta vaikkapa Melanderin ja Kettusen teorioihin kertoo jo se, että EIS:n käsittely on Lernerstedtin esityksessä pitkälti eristetty omiin erillisiin kappaleisiinsa (ks. s. 22 sekä 155–158, 265–269, 309–310 sekä 346–348).

⁹⁹¹ Lernerstedt 2013 s. 27–28.

negatiivinen seuraus oikeushyvälle. Nämä kolme muodostavat perustavanlaatuiset rikosoikeudellisen syyksilukemisen rakenteet. Vain niiden puitteissa on mielekästä käydä keskustelua rikosvastuusta eli rikosoikeudellisesta syyksi lukemisesta eli rikoksen käsilläolosta tai -olemattomuudesta. Moderni rikosvastuu edellyttää näistä jokaista. Näistä jokaiseen on mahdollista kytkeä mitä erilaisimpia merkityksiä ja lisämääreitä, mikä onkin tietysti välttämätöntä vähänkään jäsenytyneemmän ja täsmällisemmän keskustelun käymiseksi. Ne edustavat eräänlaisia kiinteitä koukkuja, joiden varaan erilaisia enemmän tai vähemmän täsmällisiä rikosoikeusteoreettisia tai -dogmaattisia malleja voidaan ripustaa. Ne edustavat reittimerkkejä, joiden kautta rikosta koskeva argumentaatio joutuu välttämättä kulkemaan, vaikka itse tarkempi reitti voi muodostua mitä erilaisimmaksi.⁹⁹²

Ajatukseni siis on, että edelliset muodostavat modernin rikosoikeuden maisemaan välttämättä kuuluvat maamerkit. Ja niiden pohjalta on mahdollista piirtää mitä erilaisimpia karttoja. Ja juuri tällaista vähänkään jäsenytyneempi rikosoikeudellinen keskustelu vaatii!

Kimmo Nuotio puhuu väitöskirjassaan kausaalisuudesta ja vaarasta ”rikosvastuun aivan perustavimpia rakenteita” ja ”rikoksen ajatuksellista hahmottamista inhimillisenä tekona” koskevinä teemoina, joihin rikosoikeudellinen syyksilukeminen ”kiinnittyy” ilmaisten vastuuperusteiden perustavimman luonteen ja samalla vastuun epistemologiset ehdot näkyviksi tehden⁹⁹³. Kausaalisuus ja vaara liittyvät TEON ja OIKEUSHYVÄN väliseen vuorovaikutussuhteeseen ja merkitsevät tässä mielessä Nuotion hahmottelemin tavoin rikosvastuun perustavanlaatuisia rakenteita. Rikoksen perusrakenne ei kuitenkaan tyhjene tähän suhteeseen, vaan lisäksi on huomioitava TEKIJÄ, jonka kytkee TEKÖÖN syyksiluettavuus. Nuotio on myöhemmin todennutkin, ettei väitöskirjassaan kaiken tieteellisesti jännittävän erilaisten ideologioiden tulkitsemisen ja ymmärtämisen ohella missään vaiheessa luonut omaa vastuupillista mallia⁹⁹⁴. Yritän seuraavaksi sellaista.

⁹⁹² Muotoiluni on varsin lähellä esim. jo edellä mainittua Suomessa usein toistettua ajatusta rikoksesta ”tunnusmerkistön mukaisesti oikeudenvastaisena tekijässään syyllisyyttä osoittavana tekona” (esim. HE 44/2002 s. 9). Vrt. esim. Schünemann 2001 s. 23–27 ja 30, joka toteaa koko rikosoikeuden yleisen osan perustuvan kahteen rikoksen käsitteen määräävään ja näin fundamentaaliseen perusperiaatteeseen (Fundamentalprinzipien): oikeushyvien teorian kautta ymmärrettävään *sosiaaliseen vahingollisuuteen* (Prinzip des Sozialschädlichkeit) sekä *syyllisyysperiaatteeseen* (Schuldprinzip). Esim. Asp 2008 erit. s. 542 puolestaan katsoo rikosoikeuden perustavanlaatuisimmaksi perusperiaatteeksi *oikeudenmukaisen rankaisemisen periaatteen*, josta suurin osa rikosoikeuden muista periaateista voidaan edelleen johtaa.

⁹⁹³ Nuotio 1998 s. 3.

⁹⁹⁴ Nuotio 2004b s. 193. Vastaväittäjä Frände 1998 s. 678 lukee Nuotion yritystä jäsentää ”rikosvastuun malleja” erilaisten *peruskäsitteiden*, *dogmien* ja *konstruktioiden* varassa yrityksenä soveltaa Juha Karhun vuoden 1988 väitöskirjassaan hahmottelemaa mallia rikosoikeuteen. Pöyhönen 1988 s. 7, 79–80 ja 87 puhuukin ”sopimusmallista” niin peruskäsitteistä, dogmeista kuin konstruktioistakin koostuvana sopimusten tarkastelun välttämättömänä tausta-ajatuksena (tai esitietona), joka *määrittelee sopimuksen konstituution*. Se on eräänlainen prisma, jonka läpi yhtäältä sopimusoikeutta ajatteleva tarkastelija katsoo todellisuutta ja toisaalta todellisuus siivilöityy tarkastelijalleen. Se siis määrittää sekä sen, *mitä* ja *minkälaisena* voi sopimusoikeuden nähdä, että sen, *mitä ei voi nähdä*. Kuhnilaisittain voisikin Karhun mukaan puhua ”sopimusparadigmasta”. Samalla se on myös tapa systematisoida sopimusoikeutta. Tutkimuksensa III-luvussa Karhu hahmottelee kolme länsimaisen yhteiskunnan sopimusmallin sopimusten sitovuuden ongelman perusteella. Toisin sanoen hän tiivistää kolme länsimaisessa sopimusoikeudessa viimeisten noin 200 vuoden aikana ilmennyt tapaa perustella, miksi sopimukset sitovat. Ensimmäinen *tahtomalli* perustelee sopimusten sitovuuden tahdonvapauden käytönä, toinen *luottamusmalli* puolestaan sopimuskumppaneiden luottamuksen suojelemisena (toisen sopijapuolen haitan välttämisenä). Karhu itse muotoilee edellä mainittujen eräänlaisena kompromissina (*oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin*, joka perustelee sopimussitovuuden sopijapuolten osallistumisella oikeudenmukaiseen yhteisölliseen käytäntöön. (erit. s. 7, 196–197 ja 245) Karhu korostaa, että kyseisten sopimusmallien ajattelu yksinkertaisiksi evoluutioketjuiksi olisi kaavamaisuudessaan harhaanjohtavaa. Sen sijaan eri mallit ilmenevät sopimusoikeudesta ajattelemisen tapoina usein samanaikaisesti eräänlaisina sopimusoikeuden idealisoituina taustoina. (s. 114) Karkeasti tahto- ja luottamusmallit voidaan kuitenkin yhdistää perinteisempään ns. *oikeusvaltiolliseen* ajatteluun ja yhteisöllisen käytännön malli puolestaan uudenlaiseen *hyvinvointivaltiolliseen* ajatteluun (s. 198). Joka tapauksessa olennaista on se, että eri mallit (tai ehkä pikemminkin niiden saamat painoarvot) vaihtelevat eri aikoina ja eri kirjoittajilla. Juuri tämän myös vastaväittäjä Juha Tolonen 1988 s. 1046–1047 nostaa tutkimuksen keskeiseksi väitteeksi. Tolonen katsoo Karhun väitteen paitsi uudeksi ja melko rohkeaksi, myös oikeaksi ja realistiseksi (, vaikkakin olisi itse painottanut lähdekirjallisuutta tässä kohdin eri

tavoin). Tulen itse esittämään (ja olen jo esittänyt) hyvin samansuuntaisia väitteitä siitä, kuinka rikosoikeutta voi ajatella painottaen erisuuntaisia seikkoja ja kuinka nämä seikat (tai ainakin niiden erilaiset painotukset) vaihtelevat eri aikoina ja eri ajattelijoiden välillä. Olennaisena erona Karhun sopimusmalleihin, en sido omaa teoriaani oikeudenalanäni justifikaatiokysymykseen. Karhun kaikki sopimusoikeusmallit pyrkivät oikeuttamaan sopimussitovuuden sisältäen näin sopimusten sitovuuden syväjustifikaation (Pöyhönen 1988 s. 88, 101 ja 160). Samalla *pacta sunt servanda* -maksimi muodostuu niiden puitteissa tautologiaksi, joka pitää paikkansa suoraa jo sopimusmalleihin sisältyvien termien merkitysten nojalla (s. 92). Karhu löytääkin teorialleen rikosoikeudellisen vastinparin Tapio Lappi-Seppälän *rangaistusteorioihin* sitoutuvasta vuoden 1987 väitöskirjasta (s. 103 alav. 287). Itse olen jo edellä todennut, ettei rikosoikeutta ole minkäänlaista pakonomaista tarvetta sitoa kysymykseen rangaistuksen oikeuttamisesta – eikä varsinkaan kysymykseen rangaistuksen tarkoituksesta, hyödystä, tai vaikka tehokkuudesta. Yhtymäkohtia oman tutkimukseni ja Karhun väitöskirjan välillä löytyy puolestaan etenkin siinä, että myös Karhu painottaa intuition(sa) ja ”*juridisen mielikuvituksen(sa)*” merkitystä sopimusmallien tunnistamisessa. Karhu vertaakin sopimusmallien muodostamista John Rawlsin ajatukseen kielen rakenteesta, josta voi saada selville monia asioita pystyessään kuvaamaan yhdenkin henkilön kielikorvaa (*sense of grammar*). Juuri tällaisesta rikosoikeuden kieliopin *tajusta(ni)* on uskoakseni pitkälti kyse omassa seuraavaksi muotoilemassani maisemamallissa.

3. RIKOSOIKEUDELLISET KARTAT

(Rikos)Oikeuden kaltaisessa epämääräisessä maailmassa maiseman ja karttojen välinen raja on tietysti hyvin häilyvä. Tarkoitukseni ei ole väittää, että maisemakseni nimeämäni rikoksen arkkityyppi merkitsisi jonkinlaista absoluuttista ja muuttumatonta totuutta siitä, mitä rikos on. Sen sijaan kyse on varsin pysyvästä perusmallista, jota rohkenen väittää *modernin*, tämänhetkisen, rikosoikeuden maisemaksi.

Esittelen seuraavaksi, millaisia perustavanlaatuisia karttoja edellisen maiseman pohjalta voi laatia.

3.1 TEKIJÄ

Rikosoikeus perustuu *ihmisyksilöiden* toiminnan ohjailuun ja arviointiin ja nimenomaan ihmisyksilöt ovat viime kädessä niitä, jotka rikosoikeuden puitteissa myös syyttömiksi tai syyllisiksi julistetaan. Rikostunnusmerkistöissä tekijä ilmaistaan yleensä sanalla ”joka”. Kyse on lähtökohtaisesti kenestä tahansa, mutta tunnusmerkistöistä riippuen tekijälle voidaan asettaa myös mitä erilaisimpia lisämääreitä, kuten vaikkapa status elinkeinonharjoittajana, sotilaana tai tienkäyttäjänä. Lisämääreiden käydessä riittävän olennaisiksi (kuten vaikkapa sotilaiden tai virkamiesten kohdalla) voidaan puhua *erikoisrikosoikeudesta*.

Rikoksen *tekijyyden* ohella voidaan puhua erilaisista osallisuusmuodoista, joina esimerkiksi rikoslakimme tuntee *yllyttäjän* ja *avunantajan*. Kotimainen osallisuusjärjestelmämme on kaksijakoinen. Tahallisten rikosten kohdalla kyse on niin sanotusta dualistisesta erillisvastuujärjestelmästä, jossa tehdään ero *tekijävastuun* (välitön yksin tekeminen (erillisen osan tunnusmerkistöjen kuvaamat tilanteet), välillinen tekeminen (RL 5:4) ja rikoskumppanuus (RL 5:3)) sekä *varsinaisen osallisuuden* (yllytys (RL 5:5) ja avunanto (RL 5:6)) välille. Tuottamuksellisten rikosten kohdalla kyse on sen sijaan yhtenäisvastuujärjestelmästä: on vain tekijöitä, joiden välillä voi toki olla eroa siinä, millaiseksi mahdollinen rangaistus lopulta mitataan.⁹⁹⁵

Tekijyys osoittautuukin pelkästään terminologisesti etenkin tahallisten rikosten osalta varsin monimutkaiseksi asiaksi. Osallisuusopillisesta näkökulmasta käsin tekijyys liittyy niin sanottuun päätekoon, johon tavalla tai toisella myötävaikuttaneiden muiden (varsinaisten) osallisten rikosvastuu on niin sanotusti aksessorisessa suhteessa. Osalliset ovat omien yllytyksen tai avunannon muodossa suoritettujen rikostensa *tekijöitä*, mutta varsinaisen päärikoksen näkökulmasta vain *avunantajia* tai *yllyttäjiä*. Tekijyys voi olla myös *anonymia*. RL 9:2.2 mahdollistaa yhteisösakon tuomitsemisen oikeushenkilöille niissäkin tilanteissa, joissa rikosentekijää ei saada selville. Lisäksi useampi erityisen osan tunnusmerkistö edellyttää *esirikosta*, jonka osalta tekijät voivat niin ikään jäädä selvittämättömiksi.⁹⁹⁶ Näissäkin tapauksissa

⁹⁹⁵ Ks. esim. Luoto 2018 s. 3–8. Vrt. esim. Jaatinen 2000 s. 90–91, joka puhuu ”tietynlaisesta tekijäkumppanuudesta tuottamukselliseen rikokseen” sekä ”tuottamuksellisesta osallistumisesta tuottamukselliseen rikokseen”. Rikoslaki ei tällaisia vastuumuotoja erittele, vaan lopulta rikokset täyttyvät tai jäävät täyttymättä tuottamuksellisen tekijyyden perusteella.

⁹⁹⁶ Ks. esim. Nuutila 1997b s. 98, joka puhuu RL 9:2.2:n osalta ”anonymista syyllisyydestä”. Samoin esim. Korkka 2019a s. 315 ja Jaatinen 2000 s. 26, 82–86 sekä 121–123. Esimerkiksi RL 32:6:n rahanpesu on malliesimerkki esirikoksen tapahtumista edellyttävästä ja tässä mielessä epäitsenäisestä rikostyyppistä, jonka tunnusmerkistön edellyttämää *rikoshyötyä* ei voi määritelmällisesti olla olemassa ilman täyttynyttä esirikosta. Ks. HE 53/2002 s. 37 sekä Sahavirta 2008 s. 305 ja 377–378, joka luonnehtii rahanpesua pitkälti esirikostensa torjuntaan pyrkiväksi ”tehostekriminalisoinniksi”.

rikoksen ajattelu edellyttää sitä, että *joku* (vaikkakin siis tuntemattomaksi jäänyt) on rikoksen tehnyt.

Tekijyyden monitahoisuus ei tietystikään pelkisty edellä mainittujen lakipykälienkin ilmentämiin (tai ehkä pikemminkin aiheuttamiin?) terminologisiin vaikeuksiin, vaan lopulta siihen, että tekijyyttä koskevien erilaisten käsitysten taustalla vaikuttavat mitä erilaisimmat ihmiskuvaan liittyvät käsitykset. Länsimaista ihmiskuvaa voitaneen pitää verraten yksilökeskeisenä ja sille ominaisen oikeudellisen tietomuodon taustalle voidaankin ajatella käsitys ihmisestä vastuullisena, tekemistään (sinällään toki yhteisöäkin koskevista) valinnoista yksilöllisesti vastaavana ja intentionaalisen toimijana⁹⁹⁷. Yksilön ja yhteisön välinen rajanveto ei toki sekään ole oikeuden maailmassa kovin helppo⁹⁹⁸. Asiaa ei helpota yhtään se, että yksilöiden toimintaympäristö näyttäisi viimeisten vuosisatojen aikana monimutkaistuneen muun muassa sikäli, että useiden myös rikosoikeudellisesti relevanttien tapahtumien sosiaalisena toimintaympäristönä on jonkinlainen muodollisesti järjestäytynyt organisaatio, tai ainakin jollain tapaa vakiintuneet muodot saavuttanut yhteisöllinen käytäntö. Yksilöt ovat mitä moninaisemmin tavoin sidoksissa toinen toisiinsa ja erilaisten sosiaalisten kontekstien heille määrittämiin rooleihin. Rikosoikeuden piirissä tämä näkyy paitsi erilaisten osallisuusopillisten myös laiminlyöntivastuuta koskevien kysymystenasettelujen ajankohtaistumisena sekä ehkä kaikkein konkreettisimmin niin sanottuna oikeushenkilön rangaistusvastuuna, jonka puitteissa kollektiivisia oikeushenkilöitä on mahdollista jopa rangaista. Esimerkiksi Matti Nissinen on pohtinut jopa mahdollisuutta omaksua perinteisen individualistisen rikoskäsitteen rinnalle *kollektiivinen rikoskäsite* päätyen kuitenkin siihen, ettei tässä määrin dramaattista syyllisyys- ja vastuupillista muutosta ole tapahtunut⁹⁹⁹. Myös modernin rikosoikeuden voitaneenkin sanoa rakentuvan nimenomaan yksilöllisen vastuun periaatteille sekä tätä kautta ihmisarvon ja yksilön autonomian kunnioittamiselle.¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁷ Esim. Siltala 2003 s. 165–166 ja Mielityinen 2006 s. 275. Myös Schultz 2007 s. 146–147 näkee vahingonkorvausoikeuden tärkeimpänä ominaispiirteensä *yksilöorientoitumisen* ja koko oikeudenalan taustalla vallitseviksi ennen kaikkea individualistiset, liberaalit käsitykset.

⁹⁹⁸ Yhteisöllisten toimijoiden oikeudellisesta ontologiasta ks. esim. Kurki 2019 s. 158–161, joka aloittaa toteamalla asiasta olevan luultavasti yhtä paljon näkemyksiä kuin on kirjoittajakin ja niiden jakautuvan yhtäältä ”vahvan individualismin” (*strong individualism*) ja toisaalta ”yhteisöllisen realismin” (*group realism*) välille.

⁹⁹⁹ Ks. Nissinen 1996 s. 2–7, 34–36 ja 131. Nissinen puhuu ”modernista yhteisörikosoikeudesta” vastinparinaan ”perinteinen yksilörikosoikeus” sekä kollektiivisesta ja individualistisesta rikoskäsitteestä sekä edelleen tähän liittyvästä ”lainkäytön toimintaympäristön muutoksesta”. Lainkäytön ohella Nissinen nostaa esiin *kriminologisen* ja *kriminaalipoliittisen* näkökulman, joista kaikki näyttäisivät jossain määrin poikkeavan toisistaan. Nissinen korostaa rajojen olevan lopulta liukuvia painottaen kuitenkin rikosoikeuden kentällä subjektien olevan loppuviimeksi ihmisiä. Esimerkiksi osakeyhtiön ei Nissisen mukaan ole vakiintunutta rikosoikeudellista näkökulmaa. Ks. myös Jaatinen 2000 s. 1–2 ja 20, joka niin ikään rakentaa oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevan systematiikkansa parempia tai huonompia valintoja tahallaan tai huolimattomuuttaan tekevien yksilöiden varaan. Keskipisteenä ei siis ole lopulta oikeushenkilön käsite, vaan sen puolesta toimiva organisaatio ja viime kädessä yksilöt. Jaatinen myöntää, etteivät oikeushenkilön rangaistusvastuun perustelut sinällään voi koskaan tavoittaa yksilökeskeisen rikosoikeuden systematiikkaa sellaisenaan, vaan kyse on jatkuvasta joustamisesta ja kompromissin hakemisesta näiden välillä (s. 8 alav. 15). Ks. asiaa koskevasta kotimaisesta keskustelusta s. 18–21 sekä yleisemmän tason pohdinnasta s. 38–47.

¹⁰⁰⁰ Nuotio 2006 s. 323 ja 329–330. Nuutila 1996 s. 47–49 toteaa yksilökeskeisen oikeuskäsityksen keskeiseksi rooliksi ”persoonan”, kun taas hyvinvointivaltion oikeuden erottelevan ihmisiä heidän asemansa mukaan. Mitä eriytyneemmäksi yhteiskunta käy, sitä enemmän on myös otettava oikeudellisesti huomioon erilaisia sosiaalisia rooleja. Ks. myös esim. Palo 2010 s. 299–300, joka huomauttaa mm. LaVM 24/2002 korostaneen rikosentekijän olevan suomalaisessa rikosoikeudessa aina luonnollinen henkilö, minkä johdosta HE 188/2002 muotoilu ”terroristiryhmän tekemä rikos” muutettiin ”terroristijärjestön toiminnassa tehdyksi rikokseksi”. Sinällään sanamuodon muutos kuvaa perinteistä ajatusta siitä, ettei oikeushenkilö itsessään voi tehdä rikosta – *societas delinquere non potest* (esim. Jaatinen 2000 s. 21). Ks. vielä Kimpimäki 2015a s. 469, jossa todetaan kansainvälisen rikosoikeuden osalta Nürnbergin oikeudenkäynnin merkinneen luopumista perinteisestä kansainvälisen oikeuden lähtökohdasta tunnustaa vain valtiot kansainvälisen oikeuden subjekteiksi. Sen sijaan rikoksia todettiin tekevien yksilöt, eivät mitään abstraktit yksiköt – ja tällaiset yksilöt voidaan myös kansainvälisen oikeuden loukkauksistaan tuomita. Mielenkiintoisena vertailukohtana ks. Kurki 2019 s. 136, joka huomauttaa sanalla *persona* olevan (ainakin roomalais-latinalaisittain) kaksoismerkitys sekä ”yksilönä” että ”roolina” tai ”maskina”.

Yksilölliseen ja persoonalliseen tekijyyteen kuuluu ajatus eräänlaisesta lähtökohtaisesta vastuunalaisuudesta, jonka osalta RL 3:4 edellyttää 15 vuoden iän lisäksi *syyntakeisuutta* eli psykologis-normatiivisesti määräytyvää riittävää ymmärrys- ja kontrollikykyä. Douglas Husak puhuu ihmisen rationaalisuudesta ja “peruste-vastaanottavuudesta” eli kyvystä vastata syihin ja toimia niiden perusteella¹⁰⁰¹. Syyntakeisuudessa onkin kyse tekijän pysyvemmänluontoisesta persoonallisuudesta koskevasta tilasta ja siis tätä kautta lähtökohtaisesta kyvystä rikosoikeudelliseen vastuuseen. Mikäli syyntakeisuus syystä tai toisesta puuttuu, ei rikos(vastuu) voi alun perinkään tulla henkilön toimiessa kyseeseen.¹⁰⁰²

Virpi Mäkinen ja Heikki Pihlajamäki liittävät rikosoikeudellisen individualisoitumisen etenkin 1200- ja 1300-luvun kanonisessa oikeudessa tapahtuneeseen muutokseen, jonka myötä myös keskiaikaisessa teologiassa ja moraalifilosofiassa laajemminkin vaikuttanut yksilöllisyyden trendi saapui myös oikeudelliseen maailmaan. Tämä merkitsi rikosvastuun painopisteen siirtymistä tekojen seurauksista kohti yksilöä ja tämän vapaan tahtonsa puitteissa tekemiä valintoja. Kanonistit osoittivat tältä osin mielenkiintoa juuri ihmismielen toiminnalle ja nyansseille.¹⁰⁰³ Modernin rikosoikeuden kannalta moraalisisissä pohdintoissa usein olennaista roolia näyttelevä kysymys teon motiiveista on vaikea. Ensinnäkin erilaiset vaikkapa toiveiden, halujen, valintojen sekä lopulta toimien tai toimimatta jättämisten väliset psykologiset suhteet ovat monellakin tapaa ongelmallisia ja vähintäänkin pitkälti rikosprosessuaalisten näyttömahdollisuuksien tavoittamattomissa¹⁰⁰⁴. Toiseksi tämänkaltaiset seikat tulevat hyvin lähelle tekijän luonnetta ja persoonaa. Eikä moderni rikosoikeus halua (syystäkään!) rangaista ketään ainakaan ensisijassa siitä, millainen tämä luonteeltaan tai persoonaltaan on. Motiivit eivät toki ole moderninkaan rikosvastuun kannalta merkityksellisiä¹⁰⁰⁵. Lukuisat erityisen osan tunnusmerkistöt sisältävät niin sanottuja kvalifioituja tahallisuusvaatimuksia, joissa rikoksen täyttymiseltä saatetaan edellyttää vaikkapa hyödyn tavoittelua tai RL 34a:6:ssä erikseen määriteltyä *terroristista tarkoitusta*. Lisäksi RL 4:2:n yleinen kieltoerehdysäänös sääntelee tilanteita, joissa tekijä ei syystä tai toisesta tiennyt tekoaan kielletyksi. Myös tämä tulee lähelle toiminnan motiiveja.

Puhe motiiveista, tahdosta ja tiedosta ei liity enää niinkään tekijään ylipäänsä, vaan pikemminkin tiettyyn yksittäiseen tilanteeseen, jossa tekijä toimii tai jättää toimimatta. Tältä osin on luontevampaa puhua pelkän tekijän sijaan tekijän suhteesta toimintaansa. Näin siirrytään rikoksen maisemassa tekijän ja toiminnan välille ja alueelle, jota rikoslainopissa on tavattu nimittää subjektiiviseksi syyksiluettavuudeksi tai imputaatioksi.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰¹ Husak 2016 s. 142–143. Vrt. esim. Tapani 2004 s. 120, jonka mukaan rikosoikeusjärjestelmä perustuu oletukseen ihmisten toimimisesta *suhteellisen* rationaalisesti.

¹⁰⁰² Teon sijaan nimenomaan *tekijään* liittyvästä pysyvistä persoonallisesta tilasta ks. Lappi-Seppälä 1987 s. 474–478 ja Hahto 2004 s. 170. ”Kyvystä rikosoikeudelliseen vastuuseen” puhuvat syyntakeisuuden osalta myös esim. Anttila-Heinonen 1977 s. 132.

¹⁰⁰³ Mäkinen-Pihlajamäki 2004 s. 525–537. Ks. myös Erenius 1976 s. 32 sekä Jareborg 2001 s. 188.

¹⁰⁰⁴ Tältä osin saatetaan puhua esim. ”psykykkisestä kausaalisuudesta”, joka on liitetty ainakin yllytyksen edellyttämään tekopäätöksen aikaansamiseen toisessa ihmisessä (esim. HE 44/2002 s. 154 ja Frände 2012a s. 260). Ks. myös Tapani 2004 s. 107–108 ja 137–138, joka puhuu petoksen edellyttämän erehdyttämisen ja erehtymisen välisestä ”psykykkisestä vaikuttamisesta” erotuksena luonnontieteellisesti ymmärrettyyn syy-yhteyteen. Tekijän motiivien ja toiminnan välisestä suhteesta on myös puhuttu *teleologisena* eli tarkoituseräisenä korostaen niin ikään eroa luonnontieteelliseen kausaalisuuteen (esim. Jareborg 1995 s. 90–95 ja Frände 2012a s. 78–79).

¹⁰⁰⁵ Ks. esim. Jareborg 1969 s. 115–122 ja 130–132 toteaa motiiveilla (, jotka Jareborg ymmärtää yleisesti toiminnan syiksi) ja etenkin tarkoituserillä olevan hyvinkin suuri merkitys rikosoikeudessa.

¹⁰⁰⁶ Esim. Erenius 1971 s. 172 ja Erenius 1976 s. 87. *Imputatio* on kuitenkin varsin monimutkainen termi, jolla on mahdollista tarkoittaa myös laajemmin rikosoikeudellista vastuuta tai syyllisyyttä (ks. Erenius 1971 s. 56–59). Kyse on latinan kielen sanasta

3.2 TEKIJÄN suhde TEKOONSA (ja edelleen sen mahdollisiin seurauksiin)

Rikosoikeus ei ole kiinnostunut yksinomaan ihmisistä, vaan ihmisten toiminnasta. Rikosoikeus on kiinnostunut *tekijöistä*. Tekijän ja hänen tekonsa (tai tekemättä jättämisensä) välillä on vallittava jonkinlainen suhde, jotta tietty toiminta ylipäänsä voidaan yhdistää tiettyyn tekijään. Rikosoikeudessa tätä suhdetta on tavattu lähestyä tarkastelemalla tekijän mielenlaadullista tai sielullista suhdetta tekemisiinsä. Hieman modernimmin voidaan puhua tietämisestä ja tahtomisesta tai vaikka kontrollista, taikka tällaisten mahdollisuudesta. Kyse on *syyksiluettavuudesta* – siitä, että tietynlainen toiminta voidaan lukea tekijänsä syyksi – että tekijä on syyllinen tekoonsa.¹⁰⁰⁷ Tältä osin olennaiseen rooliin on 1900-luvun jälkipuoliskolta alkaen nostettu niin sanottu *konformiteettiperiaate* eli vaatimus toisintoimimismahdollisuudesta. Kyse on tekijän enemmän tai vähemmän nimenomaisesta valinnasta, jonka osalta voidaan (ainakin jälkeen päin) todeta, että toisinkin olisi voinut – ja pitänyt! – valita.¹⁰⁰⁸

3.2.1 Syyksiluettavuus

Syyksiluettavuus on malliesimerkki rikosoikeudellisesta käsitteestä, jolle on todella vaikea antaa yleispätevää määritelmää, mutta jollaista kukaan ei yleensä kaipaakaan, koska kaikki tietävät suurin piirtein, millaisiin aavistuksen täsmällisempiin käsitteisiin sillä viitataan¹⁰⁰⁹. Rikoslain 3:5.1:ssä asetetaan otsikon ”syyksiluettavuus” alla rikosvastuun edellytykseksi *tahallisuus* tai *tuottamus*. Rikoslain valossa syyksiluettavuus näyttäisi siis merkitsevän joko tahallisuuden tai tuottamuksen käsilläoloa. Tuottamus ja osittain¹⁰¹⁰ myös tahallisuus on määritelty rikoslain pykälissä 3:6 ja 3:7. Syyksiluettavuuden ja rikosoikeudellisen systematiikan kannalta on ongelmallista, että kyseiset määritelmät poikkeavat perustavanlaatuisesti toisistaan. Eikä kyse ole nyt niin sanotun olosuhdetahallisuuden epäselvästä asemasta.

¹⁰⁰⁷ ”imputatio”, josta esim. saksankielinen Zurechnung-termi on peräisin (Schünemann 1999 s. 208–212 ja Lagerspetz 2007 s. 202). Esim. Erenius 1971 s. 17–18 ja 27 itse näyttäisi liittävän käsitteen ennemminkin juuri tekijää lähellä olevaan subjektiiviseen ja yksilölliseen puoleen – ennen kaikkea tahallisuuteen ja tuottamukseen. Esim. Helmut Satzger 2012 s. 224 puhuu juuri syyksiluettavuuteen viitaten ”subjektiivisesta imputaatiosta”. Esim. Jareborg 1992 s. 184–185 erottaa *episodisk* ja *dispositionell skuld*, joista ensimmäinen viittaa teon kautta osoitettavaan syyllisyyteen (”Einzeltatschuld”), jälkimmäinen puolestaan tekijän luonteeseen, elämäntapaan ja persoonallisuuteen pitkällä aikavälillä ja kokonaisuutena arvioiden. Lisäksi Jareborg käyttää myös termejä *livsföringsskuld* ja *karaktärsskuld* huomauttaen, ettei tarkka rajanveto liene mahdollinen. Lappi-Seppälä 1987 s. 298 sijoittaa mittaamisperusteiden systematiikkaa hahmottelevassa taulukossaan *syyksiluettavuuden* tekoon ja *syntakeisuuden* tekijään liittyväksi seikaksi. Husak 2016 s. 50 ja Husak 2012 erit. s. 456–457 erottelee (Joshua Dresslerin terminologiaa lainaten) *narrow culpability* ja *broad culpability*, joista ensimmäinen viittaa lähinnä syyksiluettavuuteen, jälkimmäinen sisältää myös muun ohella kotimaisessa opissa juuri syntyakeisuuden piiriin kuuluvia seikkoja.

¹⁰⁰⁸ Esim. Vikatmaa 1970 s. 35, 51 ja 69 puhuu syyksiluettavuudesta tekijän mielenlaadun suhtautumisena tekoon tai seuraukseen sekä tekijän sielullisena suhteena tekoon. Esim. Melander 2016 s. 96 ja 142 puhuu tekijän tahdollisesta ja/tai tiedollisesta suhtautumisesta. Myös Frände 2012a s. 11 ja 195 puhuu tekijän suhtautumisesta konkreettiseen tekoonsa. Ja kuten Jareborg 1974–1975/2008 s. 210–227 huomauttaa, on suhtautumista (attityd) koskeva kielenkäyttömme usein hyvin epätasallista. Jareborg itse painottaa tekijän kykyä kontrolloida toimintaansa (gärningskontroll) (esim. Jareborg 2001 s. 34–35 ja 203–211, ks. myös Svensson 2016 s. 133–141). Toisin toimimisen mahdollisuuden näkökulmasta asiaa lähestyy myös esim. Lappi-Seppälä 1987 s. 305–306 muistuttaen kuitenkin inhimillisiä tekoja koskevien arvostelujemme kannalta olennaiseksi muodostuvan lopulta teon takana oleva persoonallisuus (s. 142–143).

¹⁰⁰⁹ Konformiteettiperiaatteesta ks. esim. Jareborg 1969 s. 355–383 ja ylipäänsä jo aiemmin s. 246 esittämäni huomiot.

¹⁰¹⁰ Esim. eurooppalaista syyksiluettavuusoppia tutkinut Jeroen Blomsma 2012 s. 519 puoltaa huomion kohdistamista juuri syyksiluettavuuden erilaisiin muotoihin, ei niitä yhdistäviin yleisen tason määritelmiin.

¹⁰¹¹ RL 3:6:ssä määriteltiin loppujen lopuksi tunnetulla tavalla vain ns. seuraustahallisuus. Ks. aiheesta esim. Nuotio 2017 s. 977–981. Kuten Nuotio huomauttaa, muodostuu nimenomaan ratkaisu KKO 2013:17 ns. olosuhdetahallisuuden osalta olennaiseksi vedenjakajaksi. Kyseisessä ratkaisussa ovat nimittäin enemmistön ja eriävien mielipiteiden muodossa edustettuina käytännössä kaikki tärkeimmistä asioita koskevista näkökannoista: a) tapauksen ratkaiseminen KKO:n aiemman linjan mukaisesti eli todennäköisyystahallisuusmallin avulla, mutta säilyttäen mahdollisuus soveltaa myös muita malleja eri rikostyypeissä (enemmistö, erit. kohta 33), b) tapauksen ratkaiseminen tahtotahallisuusmallin avulla (Koponen, Rudanko, Välimäki, Kitunen ja esittelijä sekä myös hovioikeus) sekä c) tapauksen ratkaiseminen todennäköisyystahallisuusmallin avulla sekä nimenomainen linjaus siitä, ettei sovellettava tahallisuusmalli voi vaihdella eri rikostyyppien välillä (Mansikkamäki). (Nuotiolta unohtuu näistä linjoista viimeinen.) Esim. Luoto 2018 s. 111 ja 276 onkin jo intoutunut (kotimaisessa keskustelussa jälleen kerran) julistamaan keskustelun olosuhdetahallisuudesta päättyneeksi.

Tahallisuudessa on kyse tahtomisesta ja/tai tietämisestä ja sitä voi halutessaan luonnehtia vaikkapa tekijän “psykologis-deskriptiiviseksi” suhteeksi tekemisiinsä. Tahallisuus merkitsee tekijällä tietyllä hetkellä olevaa tahtotilaa ja/tai tietämystä. Tahallisuutta koskevat keskeisimmät oikeudelliset ongelmat liittyvät näyttökysymyksiin sekä tiettyihin kriminaalipoliittisesti vaikeisiin erityistapauksiin. Ensinnäkin kovinkaan suoran näytön hankkiminen tietyn ihmisen tietyllä hetkellä tietämästä tai tarkoittamasta ei ole helppoa. Vaikka jälkeenpäin voi ihmiselle itselleenkin olla vaikea muistaa, mitä on milloinkin tullut tiedettyä ja tarkoitettua, lienee tekijän itsensä näkemys asiasta suoran mahdollinen näyttö. Ymmärrettävistä syistä rikosoikeudellista tahallisuusarviota ei monestikaan voida perustaa ainoastaan syytetyn kertomaan. Sen sijaan tahallisuus joudutaan päätelemään enemmän tai vähemmän välillisesti esimerkiksi tekijän ulkoisesti havaittavasta toiminnasta tai teko-olosuhteista. Joka tapauksessa tahallisuus on rikosprosessuaalisesti *todistustositseikka* – eräänlainen “psykkinen fakta”, jonka olemassa tai olemattaolo on tekijän “pään sisäisiin” tapahtumiin perustuva todistuskysymys¹⁰¹¹. Kriminaalipoliittiset vaikeudet liittyvät lähinnä tilanteisiin, joissa RL 3:6:n edellyttämä tahallisuus ei kerta kaikkiaan näyttäisi olevan käsillä, mutta joissa syystä tai toisesta kuitenkin pitäisi päästä jakelemaan langettavia tuomioita. Se, mitä tekijä todella tarkoitti tai tiesi sekoittuu helposti siihen, mitä hänen olisi pitänyt tietää tai tarkoittaa.¹⁰¹² Jälkimmäisessä ei kuitenkaan tarkalleen ottaen ole enää kyse tahallisuudesta vaan tuottamuksesta.

Teoreettisella tasolla tahallisuus kiinnitetään useimmiten jonkinlaiseen kognitiivista mieltämistä ja volitiivista tahtomista tarkoittavien elementtien yhdistelmään¹⁰¹³. Esimerkiksi Carl-Friedrich Stuckenberg pyrkii yhtenäiseen kansainvälisrikosoikeudelliseen syyksiluettavuuskäsitteistöön tähtäävässä tutkimuksessaan jäsentämään syyksiluettavuuden erilaisia muotoja nimenomaan juuri yhtäältä tietämisen (*scientia*) ja toisaalta tahtomisen (*voluntas*) komponentteja hyödyntäen. Sinällään Stuckenbergin esitys suuntautuu ennen kaikkea tahallisuusdogmatiikkaan.¹⁰¹⁴

Tuottamus, tai huolellisuus, ei tyhjene siihen, mitä tekijä on tietyllä hetkellä tiennyt tai tahtonut. Tekijän tosiasiallisten mentaalisten tilojen ohella tuottamukseen liittyy nimittäin umpinormatiivinen kysymys siitä, *mitä olisi pitänyt* tietää tai tahtoa. Tällainen konditionaalirakenne muuttaa tilanteen täysin siitä, mitä se tahallisuuden osalta on. Tahallisuudessa on kyse todellisesta mielentilasta. Tuottamuksessa on tämän ohella kyse tällaisen normatiivisesta arvioinnista. Kuvaavaa on se, että niin sanotun *tiedottoman tuottamuksen* kohdalla mitään tosiasiallista mielentilaa ei tavallaan ole edes ollut. Riittää, että sellainen olisi pitänyt olla.

¹⁰¹¹ Rautio-Frände 2016 s. 7. Tuottamusta kirjoittajat luonnehtivat sen sijaan ”todistusoikeudelliselta” luonteeltaan kompleksiseksi tai institutionaaliseksi tosiseikaksi, joka koostuu useista osatekijöistä perustuen viime kädessä tuomioistuimen normatiiviseen arvotukseen, vaikkakin ollen samanaikaisesti osittain palautettavissa ulkoisiin ja psyykkisiin faktoihin.

¹⁰¹² Kriminaalipoliittisesti ongelmalliseksi tilanteiksi voidaan jäsentää: a) tilanteet, joissa tietäminen tai tahtominen ei ainakaan kovin suoranaisesti näyttäisi aktualisoituvan lainkaan (esim. a1) päihtymys, joka ilman muuta (tosiasiallisesti) vaikuttaa ihmisen kykyyn havainnoida maailmaa, a2) voimakkaassa affektitilassa suoritettu impulsiivinen toiminta, jossa toimija ei kerta kaikkiaan ”ehdi” tietää tai tahtoa mitään (ainakaan kovin *tietoisesti*)), b) tilanteet, joita koskevat normatiiviset odotukset ovat tavalla tai toisella erityisen korkeat (etenkin ”erityiset vastuuasemat” tai teko-olosuhteiden muuten synnyttämät ”korostuneet selvitys- tai huolellisuusvelvoitteet”, jossa olennaisempaa on toimijalta vaadittu kuin hänen tosiasiallinen käytöksensä, esim. ns. KELA-petokset sekä ylipäänsä totaaliset ”could not care less”-tilanteet)) sekä c) shikaanitilanteet, joissa tietämättömyyttä pyritään käyttämään tavalla tai toisella hyväksi (ks. erit. KKO 2006:64 ja Hyttinen 2016). Olemisen ja pitämisen sekoittumisesta tahallisuusarvioinnissa huomauttaa myös esim. Lernestedt 2010 s. 176–177.

¹⁰¹³ Ks. esim. Nuotio 2017 s. 971.

¹⁰¹⁴ Stuckenberg 2007 erit. s. 312 taulukko.

Tarkoitukseni on tässä kohdin ainoastaan havainnollistaa tahallisuuden ja tuottamuksen perustavanlaatuisia eroja. En pyri sen kummemmin osallistumaan oikeusteoreettiseen (tai ylipäänsä filosofiseen) keskusteluun faktojen ja normien välisestä rajanvedosta. Nähdäkseni etenkin rikosoikeudellisessa keskustelussa Nils Jareborg on vakuuttavasti osoittanut, ettei faktojen ja normien erottaminen ole ainakaan helppoa. Esimerkiksi 1900-luvun puolivälissä vielä tavanomainen jaottelu yhtäältä *deskriptiivisiin* (”teoreettisiin”, ”toteaviin”) ja toisaalta *emotiivisiin* (”normatiivisiin”, ”preskriptiivisiin”, ”praktisiin”, ”arvioiviin”) väitteisiin on harhaanjohtavuudessaan monelta osin epäonnistunut. Saavuttavamme tieto ja sen perusteella esittämämme väitteet perustuvat kieleen ja käsitejärjestelmään, joka on käytännöllinen ja alituisessa muutoksessa. Kieli seurailee erinäisiä tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia, ei jonkinlaisia absoluuttisia totuuksia. Ei ole olemassa jonkinlaista puhtaan ”kuvailevaa” näkökulmaa, vaan kaikki kielen puitteissa tapahtuva toiminta sisältää muutakin.¹⁰¹⁵ Jareborgin kielifilosofisen tarkastelun ohella faktojen ja arvojen sekoittumista on ontologiselta kantilta pohtinut Juha-Pekka Rentto, joka jonkinlaisten tarkkarajaisten faktojen ja arvojen sijaan puhuu *fakta-arvoista*, joita voi tarkastella joko faktisesta tai normatiivisesta näkökulmasta¹⁰¹⁶. Myös esimerkiksi normatiivisuuden osalta on löydettävissä monia eri näkökulmia. Esimerkiksi joka ikistä rikosoikeudellista tunnusmerkistötekijää voi pitää normatiivisena jo siksi, että asiasta on säädetty normilla! Tässä mielessä myös tahallisuus on normatiivista; rikosoikeuden puitteissa se tulee määritellyksi ja saa siis juridisen sisällön. Kysymykseen siitä, miten tahallisuus tulisi rikosoikeudessa määritellä voidaan vastata usein eri tavoin.¹⁰¹⁷

Nykyinen sääntelymallimme onkin kaikessa systemaattisuudessaan tietyllä tapaa harhaanjohtava. Rikosoikeudellinen tuottamus kun ei ole samanlainen syyksiluettavuuden muoto kuin tahallisuus. Se ulottaa merkityksensä subjektiivisen ohella objektiiviseen tai toisin sanottuna siitä löytyy paitsi tekijään myös tekoon liittyvä puoli¹⁰¹⁸. Tähän on havahduttu jo viimeistään 1900-luvun alussa, mutta asian jäsentäminen on tuottanut jatkuvia vaikeuksia tähän päivään asti. Uskoakseni syynä on pitkälti rikosoikeudellisen ajattelun lukkiutuminen erilaisiin rikoksen rakennepiirteisiin kartoitihin ilman, että olisi kyetty näkemään laajempaa ja perustavampaa maisemaa. Juuri tällaisen näkemistä paraikaa yritän!

Yksi tapa avata lukkiutunutta asetelmaa on hakea virikkeitä kotimaisen ja tutun keskustelun ulkopuolelta. Tällaisen saattaisi tarjota vaikkapa saksalainen *Wahlfeststellung*-problematiikka, joka uskoakseni on melko tuntematon vaikkapa suomalaiselle rikoslainopille.

¹⁰¹⁵ Ks. erit. Jareborg 1974–1975/2008 s. 228–231, 243–249 ja 458–459. Aihetta koskevasta ruotsalaisesta keskustelusta ks. myös Martinsson 2016 s. 176–177. Martinsson toteaa (Ivar Aggea seuraillen), että normatiivisen ja deskriptiivisen erottelussa on kyse pitkälti liukuvasta skaalasta siten, että esim. tietynlaista normatiivisuutta sisältyy lopulta kaikkiin tunnusmerkistötekijöihin.

¹⁰¹⁶ Rentto 1988 s. 84–87 ja 184–185. ”(A)ny perception of an object and of its factual features can take place from an evaluative viewpoint; they can at the same time be looked at from a theoretical viewpoint as facts, and from a practical viewpoint as values” (s. 86). ”An Ought may be nothing but a fact under the normative aspect, just as values are facts looked at under the evaluative aspect.” (s. 106)

¹⁰¹⁷ Nuotio 2000 s. 20, Koponen 2004 s. 228, Jareborg 2016 s. 61, Ulväng 2016 s. 209–210 ja 258 sekä Lernestedt 2010 s. 117.

¹⁰¹⁸ Ks. kotimaisesta keskustelusta esim. Nissinen 1996 s. 25–26 ja Utriainen 1980 s. 192–193.

Kyse on probleemista, joka saksalaisissa esityksissä tavataan liittää eräänlaiseksi rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen loppukaneetiksi¹⁰¹⁹. Nimensä mukaisesti *Wahlfeststellung* viittaa rikoslain soveltamisessa toisinaan päädyttävään valintatilanteeseen, jossa näyttäisi siltä, että ajateltavissa olevista vaihtoehdoista yhtäältä tiedetään jonkun pitävän paikkansa, mutta toisaalta ei voida varmaksi sanoa, mikä näistä se on. Abstraktia määritelmää voi havainnollistaa saksalaisille esityksille luonteenomaisella systematisoinnilla:

Ensinnäkin epävarmuus voi koskea *tosiasioita*. Klassisena esimerkkinä toimii tilanne, jossa vastaajan tiedetään kyllä anastaneen toisen hallusta omaisuutta, mutta epäselväksi jää se, onko vaikkapa matkapuhelin viety jo yökerholla vai vasta taksissa. Kyse on sinällään erilaisista asiointiloista, joihin kuitenkin joka tapauksessa tulee sovellettavaksi yksi ja sama RL 28:1:n tunnusmerkistö. (ns. *unechte Wahlfeststellung* tai *reine Tatsachenalternativität*) Mahdollisten asiointilojen variaatiot voivat kuitenkin johtaa myös eri rikostunnusmerkistöjen täyttymiseen. Esimerkiksi käy epäselvyys siitä, oliko vastaajalla alun perin ollut lupa pitää myöhemmin anastamaansa matkapuhelinta hallussaan. Luvan olemassaolosta riippuu se, onko kyse RL 28:1:n varkaustunnusmerkistön vai RL 28:4:n kavallustunnusmerkistön soveltamisesta. (ns. *echte / ungleichartige Wahlfeststellung* tai *Gesetzesalternativität*). Kolmas näyttöpuolta koskeva *Wahlfeststellung*-tilanne on kyseessä silloin, kun sovellettavaan rikostunnusmerkistöön liittyy niin sanottuja esi- ja jälkitekkoja, joista jompaankumpaan syyllistyminen jää vastaajan osalta epäselväksi. Esimerkiksi käy tilanne, jossa vastaajan hallusta löytyneen ja sinällään anastetun matkapuhelimen osalta ei tiedetä, onko se vastaajan itsensä anastama vai jonkun muun anastamana saatu. RL 32:11:n mukaisesti kyseisen luvun 1 §:n kätkemisrikoksesta (*jälkiteko*) ei tuomita henkilöä, joka on osallinen jo omaisuuden anastamiseen (*esiteko* tai *-rikos*). (ns. *Postpendenz* tai *Präpendenz* riippuen siitä, koskeeko epäselvyys esi- vai jälkitekoa) Yhteinen ongelma kaikissa tilanteissa on se, että rikoksen syyksi lukeminen näyttäisi johtavan tilanteeseen, jossa vastaajan syyllistymistä juuri tietynlaiseen menettelyyn ei lopulta tarkalleen ottaen ole kyetty näyttämään.¹⁰²⁰

Pohjoismaisen, ja saksalaiseen verrattuna monella tapaa pragmaattisemman, rikoslainopin näkökulmasta edellinen saattaa tuntua merkityksettömältä hiustenhalkomiselta. Lopultahan on kuitenkin selvää, että johonkin edellä mainituista ja edellisissä esimerkeissä vieläpä rangaistusarvoltaan identtistä tunnusmerkistöistä on kuitenkin syyllistytty! Eikö kyse ole lähinnä tuomiolauselman otsikkotasolle rajoittuvasta sivuseikasta? Lisäksi ajatus

¹⁰¹⁹ Ks. esim. saksalaisista rikoslakikommentaareissa vaikkapa Schönke/Schröder 2019 (Bernd Hecker), jossa 14-sivuinen asiaa koskeva esitys vie reilun ¼ rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta koskevan StGB § 1:n käsittelystä. Münchener Kommentarissa 2011 (Roland Schmitz) asiaa käsitellään saman säännöksen yhteydessä liki 20 sivua, Leipziger Kommentar 2007 (Gerhard Dannecker) sisältää niin ikään StGB § 1:n lisäyksenä peräti 60-sivuisen aihetta koskevan esityksen. Sen sijaan Nomos Kommentar 2017 (Helmut Frister) sisältää asiaa koskevan reilu 30-sivuisen esityksen vasta rikoslain ajallista soveltuvuutta koskevan StGB § 2:n jälkihuomautuksena.

¹⁰²⁰ Havainnollisena johdatuksena *Wahlfeststellung*-instituutioon ks. Ceffinato 2014. Asiasta tarkemmin ks. Schönke/Schröder 2019 (Bernd Hecker) s. 37–45, Nomos Kommentar 2017 (Helmut Frister) s. 303–336 ja Leipziger Kommentar 2007 (Gerhard Dannecker) s. 265–322, joiden perusteella koko kysymyksenasettelu on tunnettu saksalaisessa lainopissa ja myös oikeuskäytännössä 1800-luvun puolivälistä ja vuosina 1935–1946 asiasta oli myös nimenomainen säännös silloisessa rikoslaissa (§ 2 StGB). Esim. Karlsruhe Kommentar 2018 (Klaus Rogall) s. 63–64 ja 68 toteaa kuitenkin koko kysymyksenasettelun kaikessa epätasallisuudessaan suorastaan epäonnistuneeksi sekoitukseksi niin materiaalis- kuin prosessuaalisoikeudellistakin ainesta. Nimenomaan aineellisoikeudellisesta ja perustuslailliseen laillisuusperiaatteeseen liittyvästä ristiriitaisuudesta puhuu myös Wolter 2016 erit. 318–320.

vastaajan vapauttamisesta missä tahansa edellä mainituista tilanteista tuntuisi kriminaalipoliittisesti kestävämmältä.¹⁰²¹

Käytännön elämän kannalta ehkä hiusten halkomiselta näyttävä toiminta voi kuitenkin etenkin tieteen kannalta paljastaa jotain merkittävää. Tämä käy ilmi siirryttäessä saksalaisessa keskustelussa ehkä vielä edellisiäkin kiistanalaisempiin¹⁰²² *oikeuskysymyksiä* koskeviin *Wahlfeststellung*-tilanteisiin, joiden osalta kiista siis alkaa siitä, voiko tällaisia edes olla olemassa. Kyse on asetelmasta, jossa epäselvyys koskee näytöllisten tosiasioiden sijaan sovellettavia normeja. (ns. *Rechtsalternativität*) Esimerkiksi tietty ja sinällään näytetyksi tullut vastaajan menettely voi olla mahdollista käsittää juridisesti niin jo täytetyksi teoksi kuin vasta sellaisen yritykseksi taikka niin aktiiviseksi toiminnaksi kuin passiiviseksi laiminlyönniksikin. Tällainen asetelma on aistimaailman todellisuutta mitä erilaisimpien käsitteiden rakennelmien varaan konstruoivalle juridiikalle varsin yleinen. Tosiasiallinen maailma ei noudata jonkinlaisia etukäteisiä juridisia viritelmiä, vaan on usein jälkikäteen konstruoitavissa juridiikan kielelle lukuisin eri tavoin. Esimerkiksi käy tilanne, jossa vastaajan siivouskomeroon virittelemien hamppuistutusten osalta jää epäselväksi, voiko kyhäelmää kutsua hampun ”viljelemiseksi” vai ainoastaan ”yritykseksi viljellä” hamppua. Esimerkiksi sokeritautia sairastavan lapsen hoitaminen lääkärin määräämän insuliinin sijaan pelkillä kylvyillä on puolestaan mahdollista nähdä niin joukoksi aktiivisia toimia, passiivisia laiminlyöntejä kuin näiden välimuotojakin¹⁰²³. Esimerkiksi RL 50:1:n huumausainerikos täyttyy niin viljeltäessä kuin yritettäessäkin viljellä hamppua. Myös vaikkapa RL 21:8:n kuolemantuottamuksen kannalta saattaa jäädä lopulta merkityksettömäksi aiheutuuko kuolema aktiivisesta vesihoidojen suosittelemisesta vai passiivisesta koululääketieteen sivuuttamisesta. Rangaistuksen mittaamisen tai erilaisten kausaalikulkujen mieltämisen osalta kyse ei kuitenkaan välttämättä ole lainkaan yhdentekevistä valinnoista.

Niin tai näin, kotimaiselle pragmatiikalle vieras *Wahlfeststellung*-esitykseni huipentuu viimeisimpään *Rechtsalternativität*-ongelmaryhmään kuuluvaan kysymykseen tahallisuuden ja tuottamuksen välisestä suhteesta. Ongelma kiteytyy siihen, ovatko tahallisuus ja tuottamus keskenään jonkinlaisessa ”käsitteologisessä” suhteessa vai onko kyse ainoastaan ”normatiivis-eettisestä” suhteesta. Saksalaisessa kirjallisuudessa on tavattu edellä esitetyn kantani mukaisesti korostaa tahallisuuden ja tuottamuksen poikkeavan perustavanlaatuisesti olemukseltaan toisistaan. Näin ollen niiden välille on

¹⁰²¹ Vrt. Freund 2013 s. 48–49, 56 ja 59, joka painottaa, ettei tunnusmerkistöjen täyttymisessä ole jo rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen johdosta kyse joko/tai-tilanteesta (, jossa siis riittäisi tieto vaikkapa siitä että joko varkauden tai kavalluksen on oltava kyseessä), vaan siitä, että jokainen tunnusmerkistö jää täyttymättä, ellei juuri sitä koskevaa näyttöä kyetä esittämään. Sen sijaan, että tunnusmerkistöjen toteutumisen rajoja tuhrittaisiin jonkinlaisella tunnusmerkistöjen yhdistelyllä, tulisi oikeusvaltiosta Freundin mukaan yksinkertaisesti löytyä kykyä elää sen kanssa, että toisinaan tunnusmerkistöt jäävät näyttämättä.

¹⁰²² Esim. Münchener Kommentar 2011 (Roland Schmitz) s. 81 toteaa, ettei ”puhtaasti” vain oikeusnormeja koskevaa *Wahlfeststellung*-tilannetta lähtökohtaisesti voi edes olla olemassa, koska oikeudelliset epäselvyydet ratkeavat yksinkertaisesti ne ratkaisemalla – *iura novit curia*! Ymmärtääkseni samantapaisesti Dan Frände on kotimaisessa keskustelussa huomauttanut, ettei ”ennalta-arvattavuudella” ole mitään tekemistä laintulkinnan kanssa. Lakia on yksinkertaisesti tulkittava ja tämä on tehtävä *oikein*. Kysymys siitä, voitiinko tulkinta etukäteen arvata tai ennustaa on itse tulkinnan kannalta merkityksetön. Tyystin eri kysymys on se, että esimerkiksi lakia toisin tulkinneen maallikon erehdys voidaan katsoa anteeksiannettavaksi. (Frände 2012a s. 55–56 sekä Frände 2008 s. 551)

¹⁰²³ Hyvin havainnollisena esimerkkinä ks. Dan Fränden ja Ari-Matti Nuutilan ”kaksikerroksinen” kommentti ns. kuhnehoitotapauksesta KKO 1994:101 (Frände–Nuutila 1996). Palaan aktiivisten toimien ja passiivisten laiminlyöntien erotteluun myöhemmin kappaleessa 3.3.

ajateltavissa ainoastaan jonkinlainen moitittavuuteen liittyvä normatiiviseettinen suhde, muttei mitään sen täsmällisempää käsiteloogista riippuvuutta (ns. *Aliud-These*).¹⁰²⁴ Tästä johtuen tahallisuuden tai tuottamuksen olemassaoloa ei voi ainakaan lähtökohtaisesti päätellä toinen toisensa kautta. Esimerkiksi kiperää tahallisuuden ja tuottamuksen välistä rajanvetotapausta ei voi ratkaista siten, että tahallisuuden jäätyä juuri ja juuri täyttymättä vain todetaan kyseessä olleen näin tuottamuksellinen teko. Tuottamuksen arviointi kun edellyttää hyvin erityyppistä (ja usein monipuolisempaa) arviointia kuin tahallisuuden tarkastelu.

Myös kotimaisesta, joskin jo vanhemmasta rikoslainopista saattaisi löytyä ammennettavaksi vastaavia virikkeitä. Tällaisen mahdollisuuden tarjoaa esimerkiksi Pekka Koskisen vuoden 1973 konkurrenssiopillisessa väitöskirjassaan esille nostama tilanne, jossa tahalliset ja tuottamukselliset rikokset näyttäisivät olevan keskenään niin sanotussa *ideaalikonkurrenssissa*. 2000-luvulla varttuneille juristeille jo varsin vieras ”ideaalikonkurrenssi” viittaa tilanteisiin, joissa *yhdellä teolla näytettäisiin toteutetun useampia rikoksia* – tai Koskisen sanoin vallitsee yhtäältä *rikosten useammuus*, mutta toisaalta *teon ykseys*¹⁰²⁵. Ajalleen tyypillisiä sanankäänteitä noudattavaksi malliesimerkiksi käy alle 14-vuotiaan tyttärensä kanssa sukupuoliyhteydessä oleva isä, joka yhdellä teollaan tulee toteuttaneeksi sekä tuolloisen RL 20:3:n *lapsen kohdistuvan haureuden* että 20:7:n *sukurutsan* tunnusmerkistöt. Ideaalikonkurrenssista oli aikanaan rikoslain 7:1:ssä oma säännöksensäkin.

Modernin syyksiluettavuusopin kannalta ideaalikonkurrenssi muodostuu mielenkiintoiseksi tilanteessa, jossa yhdeksi ja samaksi mielletävissä oleva teko (tai laiminlyönti) näyttäisi johtavan niin tahallisten kuin tuottamuksellistenkin rikostunnusmerkistöjen täyttymiseen. Esimerkiksi toista tahallaan nyrkillä vatsaan iskevä tulee lyönnillään aiheuttaneeksi uhrille vakavan ruumiinvamman, johon iskijän tahallisuus ei enää ulotu, mutta jonka osalta tuottamuksen katsotaan kuitenkin täyttyvän. Tällöin tulee harkittavaksi pahoinpitelyn ja vammantuottamuksen välinen konkurrenssi. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1970 II 69 kyseisenlainen tilanne päädyttiin katsomaan *yksin teoin tehdyksi pahoinpitelyksi ja ruumiinvamman tuottamukseksi*. Tämä merkitsi oleellista muutosta aiempaan oikeustilaan, jossa *seurausvastuuperiaatteen* mukaisesti ei olisi ryhdytty erottelemaan tahallisuuden ja tuottamuksen erilaisia ulottuvuuksia itse lyömiseen ja sen aiheuttamiin vammoihin. Muutoksen taustalla on henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskevan RL 21 luvun muutos (L 491/1969), joka lisäksi

¹⁰²⁴ Näin esim. Schmitz 2010 s. 190 sekä Münchener Kommentar 2011 (Roland Schmitz) s. 82–85, jossa tämä tosin painottaa tilanteen olevan varsin epäselvä. Ks. myös samassa kommentaarissa Gunnar Duttgen syyksiluettavuusoppien yhteydessä antama esitys asiasta s. 699–701. Ks. erit. myös Kröger 2016 s. 274–317, jossa esitellään viimeaikaista aihetta koskevaa saksalaista keskustelua sekä s. 364–368, jossa Kröger tekee vallitsevasta Aliud-teesistä irtiottoa. Kröger nostaakin väitöskirjassaan esiin vallitsevaksi katsomansa ja finaalisen teko-oppiin yhdistämänsä Aliud-teesin kannalta niin oikeuskäytännössä kuin -kirjallisuudessa esiintyviä ristiriitaisuuksia. (s. 366–368) Lopulta Kröger päätyy itse Aliud-teesin sijaan puoltamaan tahallisuuden ja tuottamuksen pehmeämpää enemmän ja vähemmän -tyyppistä erottelua (”Plus-Minus-Verhältnis”) (s. 472). Ks. myös Pawlik 2012 s. 373–374, joka niin ikään asettuu Aliud-teorian sijaan puoltamaan ”Plus-Minus-Verhältnis”-teoriaa.

¹⁰²⁵ Koskinen 1973 s. 213 ja 230.

olennaisesti kyseisenlaisia tahallisten ja tuottamuksellisten henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten ideaalikonkurrenssitilanteita.¹⁰²⁶

Nykyisen yhtenäisrangaistusjärjestelmän puitteissa ei tältä osin puhuta enää ”yksitekoisuudesta”¹⁰²⁷, mutta vastaava syyksiluettavuuteen perustuva täsmällinen erottelu tehdään edelleen. Edellisessä esimerkkitapauksessa olisi kyse *pahoinpitelystä* ja *vammantuottamuksesta*. Ajatuksena on edelleen se, ettei kumpikaan rikostunnusmerkistö kykene kuvaamaan rikosoikeudellisesti relevanttia toimintaa tyhjentävästi. Tahallisuus on erotettava tuottamuksesta.

Tilannetta voidaan monimutkaistaa Koskisen väitöskirjassaan hyödyntämän (ja saksalaisperäisen) jaottelun mukaisesti siten, että yksitekoisen ideaalikonkurrenssin sisällä eritellään tilanteet, joissa useamman rikostunnusmerkistön täyttymiseen johtaneet täytäntöönpanotoimet ovat toistensa kanssa *identtiset*, *sisäkkäiset*, *leikkaavat* tai *ketjuuntuneet*. *Identtisten* täytäntöönpanotoimien tilannetta käsiteltiin jo edellä. Toisen pahoinpiteleminen ja hänelle vamman tuottaminen tapahtuvat molemmat yhdellä ja samalla teolla: vatsaan kohdistetulla nyrkiniskulla. *Sisäkkäisyydessä* on sen sijaan kyse siitä, että toisen rikoksen täytäntöönpanotoimi muodostaa osan toisen rikoksen täytäntöönpanotoimesta. Esimerkiksi ilman ajolupaa autoa päihtyneenä kuljettavan henkilön osalta ajoneuvon luvattoman kuljettamisen täytäntöönpanotoimi sisältyy kokonaisuudessaan rattijuopumukseen (, joka siis edellyttää lisäksi alkoholin nauttimista). Edellistä hyvin lähellä olevassa *leikkaavuustilanteessa* eri rikosten täytäntöönpanotoimet ovat osittain yhtenevät siten, että kummankin rikoksen osalle kuitenkin jää sellainen osa täytäntöönpanoa, jota toisen rikoksen täytäntöönpano ei käsitä. Vaihdettaessa vaikkapa edellisen esimerkin ajoneuvon ajo-oikeudetta kuljettaminen liikenneturvallisuuden vaarantamiseksi päädytään tilanteeseen, jossa niin liikenneturvallisuuden vaarantaminen kuin rattijuopumuskin edellyttävät ajoneuvon kuljettamista, mutta ensimmäinen sen ohella vaikkapa punaisia päin ajamista ja jälkimmäinen alkoholin nauttimista. *Ketjuuntuminen* viittaa tilanteisiin, joissa mahdollisesti toisistaan hyvinkin etäisillä täytäntöönpanotoimilla toteutettavat rikokset tulevat jonkun kolmannen ja ”laajaulotteisen” rikoksen välityksellä sidotuksi toisiinsa. Esimerkiksi eri kerroilla suoritettu pahoinpitely ja vahingonteko voivat ketjuuntua, mikäli ne molemmat ovat liittyneet samaiseen kotirauhan rikkomiseen.¹⁰²⁸

Mitä selvemmin tahalliset ja tuottamukselliset rikokset pyritään jo rikostunnusmerkistöjen tasolla erottelemaan, sitä enemmän syntyy edellä kuvattuja konkurrenssitilanteita. Nykyinen yhtenäisrangaistusjärjestelmä on toki tavallaan tehnyt ideaali- ja reaalkonkurrenssin erottamista koskevat kysymykset merkityksettömiksi, koska *tekojen* samuutta tai erillisyyttä – saati näiden mahdollista osittaisuutta ynnä muuta sellaista ei tarvitse enää

¹⁰²⁶ Ks. Koskinen 1973 s. 248–249, jossa Koskinen käsittelee *identtisellä* täytäntöönpanotoimella suoritettujen tahallisten ja tuottamuksellisten rikosten ideaalikonkurrenssia. Henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskevasta lainmuutoksesta sekä seurausvastuuperiaatteesta luopumisesta ks. myös Heinonen 1969 ja Anttila 1969 erit. s. 632–638.

¹⁰²⁷ Siirtyminen yhtenäisrangaistusjärjestelmään on pitkälti poistanut tarpeen pohtia sitä, onko erilaisia tunnusmerkistöjä toteutettu *samoin* tai *eri* toin – tai vaikkapa *jahtetulla* teolla tai *osittain* samalla teolla. Ks. perinteisen ideaali- ja reaalkonkurrenssin erotteluun perustuvan järjestelmän ja yhtenäisrangaistusjärjestelmän välistä valintaa koskevasta Suomessa jo 1920- ja 1930-luvuilla käydystä keskustelusta Koskinen 1973 s. 285–287.

¹⁰²⁸ Ks. Koskisen esitys ideaalikonkurrenssin ilmenemismuodoista Koskinen 1973 s. 242–265.

samalla tapaa miettiä. Riittää, että erilaisten tunnusmerkistöjen todetaan joko täyttyneen ja jääneen täyttymättä ja tuomitaan täyttyneistä yhtenäinen rangaistus. Kuten peittämisperiaatteen osalta tullaan huomaamaan, ei konkreettisista teoista lähtevä ajattelu ole kuitenkaan nykyjärjestelmässäkään täysin korvattavissa pelkkien rikostunnusmerkistöjen tarkastelulla.

Nyt voidaan kysyä, miksi tuottamusta koskevaa tutkimustani (tai laajemmin modernia kotimaista rikoslainoppia) olisi mitään syytä Koskisen sanoin ”rikastuttaa” – tai ehkä pikemminkin hänen vastaväittäjänsä ehdottamin sanankääntein ”raskauttaa” – mitä monimutkaisemmilla ja yksinkertaisesti vierailla saksalaisilla pohdinnoilla tai 50 vuotta vanhoilla kotimaisillakaan ajatuksilla¹⁰²⁹?

Ensinnäkin tätä kautta voidaan konkretisoida tutkimukseni keskeistä teesiä: oikeus on radikaalisti tulkinnanvaraista – rikosoikeus ja syyksiluettavuusopillinen tahallisuuden ja tuottamuksen välinen jaottelu mukaan lukien. *Wahlfestellung*- tai *ideaalikonkurrenssi*-instituutio eivät ole jonkinlaisia elämälle vieraita hullutuksia, vaan rikosoikeudellisen ajattelun eräänlaisia huipentumia. Ensimmäinen on hyvinkin aktuaali kysymys nykypäivän Saksassa – jälkimmäinen puolen vuosisadan takaisessa kotimaassamme. Jokainen edellisen jakson viitteissä esiintynyt kyseisiä instituutioita pohtinut henkilö on uskoakseni määriteltävissä varsin kovan luokan rikoslainoppineeksi, jonka ei ole syytä ajatella käyttävän aikaansa jonninjoutavuuksiin. Tähän nähden on mitä jännittävintä, etteivät monet nykyrikoslainoppineet välttämättä ole edes tietoisia kyseisten instituutioiden olemassaolosta.

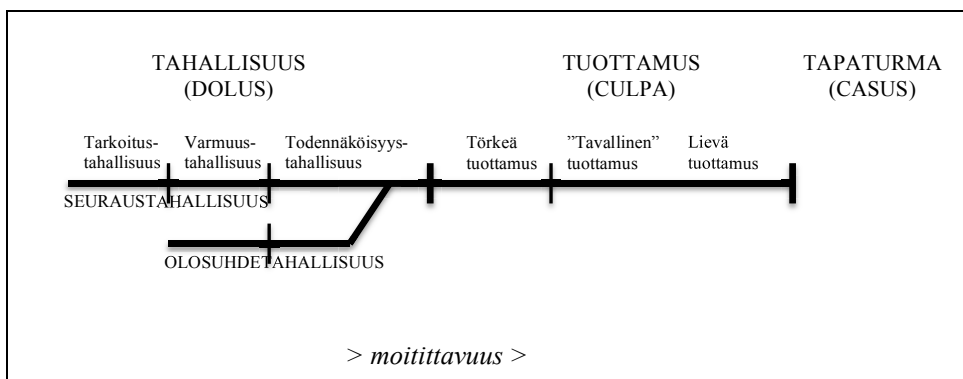
Asioita voi ajatella hyvin eri tavoin. Tätä tosiasiaa ei voi sivuuttaa sillä, että asioiden ajattelu hyvin eri tavoin on usein paitsi raskasta ja vaikeaa myös epäkäytännöllistä. On monin tavoin mukavampaa ratkaista edellä mainittuja ja nykypäivän rikosoikeudessaakin aktualisoituvia ongelmia autuaan tietämättömänä kaikista niistä probleemeista, joita vaikkapa *Wahlfestellung*- tai *ideaalikonkurrenssi*-instituutioiden yhteydessä on nostettu esille.

Toiseksi edellinen kyseisten instituutioiden pintapuolinenkin tarkastelu osoittaa lopulta palattavan samojen vanhojen ikuisuuskysymysten äärelle; ovatko tahallisuus ja tuottamus jotenkin samanlaatuisia suhtautumisen muotoja, vai piileekö niissä perustavampi ero? Miten niiden välinen vähintäänkin kvalitatiivinen ero tulisi huomioda rikosten syyksi lukemisessa, rankaisemisessa tai vaikka näyttökysymyksissä?

Rikosoikeuden suuret kysymykset ovat pohjimmiltaan usein niin alueellisesti kuin ajallisestikin hyvin samanlaisia, mutta niiden lähestymiseen käytetyt näkökulmat vaihtelevat toisinaan yllättävänkin paikallisesti ja nopeasti. Tässä tutkimuksessa on omaksuttu lähtökohdaksi se, että näiden kysymysten ymmärtäminen edellyttää mahdollisimman useiden näkökulmien ymmärtävää tarkastelua. Tämä ei aina ole järin mukavaa saati helppoa, mutta sillä taas ei ole kovinkaan suurta tekemistä asioiden ymmärtämisen kanssa. Entä, onko kaikella edellisellä mitään tekemistä tuottamuksen asiasisällön kanssa? Pitäisikö lukijan mielestä olla?

¹⁰²⁹ Koskinen ei väitöskirjassaan katso tarpeelliseksi ”rikastuttaa” kotimaista konkurrenssioppia hedelmättömäksi katsomallaan saksalaisella kiistalla ns. Einheits- ja Mehrheits-teorioiden välillä (Koskinen 1973 s. 89). Vastaväittäjä Ellilä 1973 s. 524 yhtyy Koskisen näkemykseen pitäen tosin kotimaisen keskustelun ”raskauttamista” osuvampana sanavalintana.

Tahallisuuden ja tuottamuksen yhdistävät piirteet liittyvät nimenomaan siihen, että molemmissa on kyse jonkinlaisesta tekijän ja teon välisestä suhteesta ja ennen kaikkea siitä, että teko olisi ollut tekijän kannalta vältettävissä¹⁰³⁰. Tekijä olisi voinut toimia toisin. Lopulta voidaan puhua moitittavuudesta. Juuri moitittavuuden perusteella tahallisuus ja tuottamus sekä niiden edelleen hienojakoisemmat muodot voidaan asettaa edes jonkinlaiseen yhtenäiseen malliin. Kyse on jatkumosta, jonka puitteissa syyksiluettavuuden eri muodot asettuvat keskinäiseen porrassuhteeseen sen perusteella, kuinka moitittava niistä kukin on suhteessa toinen toisiinsa, *ceteris paribus*. Nimitän kyseistä mallia *syyksiluettavuuden kentäksi*.¹⁰³¹



Edellisen kuvaajan hahmottelun ohella syyksiluettavuutta käsiteltäessä on vielä huomioitava sen eräänlainen kääntöpuoli, nimittäin *erehdysoppi*. Samalla tulee konkretisoitua sitä, kuinka rikosvastuuta koskevia ongelmia voi lähestyä kahdelta eri suunnalta: yhtäältä vastuuta *positiivisesti* määrittävistä vastuuedellytyksistä että toisaalta vastuun poissulkevista *negatiivisista* ehdoista.

3.2.2 Erehdysoppi ja peittämisperiaate

Erehdysoppi pyrkii tavoittamaan ja jäsentämään tilanteet, joissa syyksiluettavuus jää syystä tai toisesta täyttymättä. Tarkemmin ottaen kyse on tahallisuuden täyttymättä jäämisestä tiedollisen (kognitiivisen) puutteen johdosta. Tuottamuksen osalta tilanne on sama kuin jo käsitellyn osallisuusopin osalta; erehdysoppi on rakennettu (vähintäänkin RL 4 luvun säännösten) vain tahallisuutta ajatellen. Tämä ei tietystikään muuta mihinkään sitä, että aivan samanlaisiin tietoisuuden puutetta koskeviin kysymyksenasetteluihin törmätään usein myös tuottamusta arvioitaessa.

Käytännössä erehdysopissa on kyse tilanteista, joissa tekijällä on tavalla tai toisella virheellinen (tai puutteellinen) käsitys jostain rikosvastuun kannalta relevantista

¹⁰³⁰ Kyse on siis tavallaan *vältettävissä olevuudesta* – "Vorsatz wie Fahrlässigkeit sind Formen der Vermeidbarkeit; beide sind auch durch die Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung bestimmt; beim Vorsatz ist die Erkennbarkeit zur Kenntnis entfaltet, bei der Fahrlässigkeit nicht." (Jakobs 1991 s. 317)

¹⁰³¹ Hyvin samanlaisen jatkumon on hahmotellut esim. jo Vikatmaa 1970 s. 36 sekä edellistä kommentoinut Utriainen 1980 s. 190 ja 193. Olen itse hyödyntänyt kenttää jo Rankinen 2016a s. 122–123 ja 137 sekä Rankinen 2017 s. 434. Esim. saksalaisessa kirjallisuudessa vallitsevana kantana näyttäisi olevan tahallisuuden ja tuottamuksen suhteen mieltäminen juuri "normatiivis-eettisenä porrassuhteena" (*normativen Stufenverhältnisse*). Ks. asiasta nimenomaisesti esim. Schönke/Schröder 2019 (Bernd Hecker) s. 44–45 ja (Detlev Sternberg-Lieben ja Frank Peter Schuster) s. 250 sekä Nomos Kommentar 2017 (Helmut Frister) s. 310 ja (Ingeborg Puppe) s. 726. Myös esim. Fletcher 1998 s. 113 hahmottelee syyksiluettavuuden jatkumoksi, jossa tapaturma (accident), tuottamus (negligence), tahallisuus (intention) ja lopulta paha tahto (bad motive) seuraavat toisiaan kuin juna-asemat yhtenäisen radan varrella vastuullisuuden kasvaessa asemalta seuraavalle siirryttäessä.

seikasta¹⁰³². Se, että erehdysoppi on ainakin lainsäädännön tasolla rajattu tahallisuuteen ei perustu siihen, etteikö tekijän tiedoilla olisi tuottamuksen osalta merkitystä. Syy on yksinkertaisesti se, että RL 4 luvun erehdyssäännöksissä (tunnusmerkistö-, kielto- ja vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys) vastuu tahallisista rikoksista on voitu rajata pois. Tuottamuksellisten rikosten kohdalla tällaista ei tietystikään ole voitu tehdä jo siitä syystä, että myös *tiedoton* tuottamus voi johtaa rikosvastuuseen.

Erehdysoppia on hieman paradoksaalisesti luonnehdittu sekä rikosoikeuden yhdeksi vaikeimmista osa-alueista¹⁰³³ että tautologiseksi tarpeettomuudeksi¹⁰³⁴. Vaikeaa erehdysoppi on siksi, että sen aiheena on yhtäältä tekijän subjektiivisten mielteiden ja toisaalta ulkomaailman objektiivisten faktojen vertailu. Tarpeetonta opin harrastaminen on sikäli, ettei se tavallaan tuo mitään uutta rikosvastuun tarkasteluun. Syyksiluettavuuden on täytyttävä joka tapauksessa. Tässä kohdin palataan kysymykseen rikosvastuun perustavista ja poistavista ehdoista. Näistä jälkimmäisethän ovat teoriassa turhia: rikosvastuun käsilläoloon riittää rikosvastuun käsilläolon toteaminen! Käytännössä erilaiset vastuuvapausperusteet eivät tietystikään ole hyödyttömiä. Niiden kautta saattaa nimittäin olla mahdollista päästä käsiksi erinäisiin rikosoikeudellisiin ongelmiin pelkkiä vastuun positiivisia edellytyksiä havainnollisemmin.¹⁰³⁵ Esimerkiksi erilaisia tahallisuuden ja tuottamuksen välisiä rajanvetotilanteita on saattanut olla luontevampaa lähestyä nimenomaan erehdysopin kannalta¹⁰³⁶.

Rikoslakimme tuntee yhteensä kolme erehdystilannetta:

- 1) *tunnusmerkistöerehdyksen* (RL 4:1), jossa on kyse rikoksen tunnusmerkistössä määritettyjä seikkoja koskevaa erehdystä,
- 2) *kieltoerehdyksen* (RL 4:2), jossa on kyse teon rangaistavuutta koskevasta erehdyksestä, sekä
- 3) *vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen* (RL 4:3), jossa on kyse hätävarjelun, pakkotilan tai voimakeinojen käytön edellytyksiä koskevasta erehdyksestä (ns. *putatiivitulanteet*).

¹⁰³² Erehdys merkitsee tiedon puutetta tai väärä tietoa – sitä, että maailma näyttää erehtyneelle yksilölle erilaiselta kuin se todellisuudessa on (Frände 2012a s. 130–131). Ks. esim. Martinsson 2016 s. 51, joka käsittelee ”erehdyksen” yleiskielistä merkitystä todeten se *vääräksi käsitykseksi* (jostain). Synonyymeiksi Martinsson erittelee *misstag*, *missuppfattning*, *felaktig föreställning*, *illusion*, *inbillning* ja *förvillelse*.

¹⁰³³ Esim. Fletcher 1978/2000 s. 683 toteaa objektiivisesti arvioitavien faktojen ja tekijän edellisiä koskevien subjektiivisten käsitysten välisen eron ja merkityksen yhdeksi rikosoikeustieteen vaikeimmista kysymyksistä. Siviilioikeuden osalta ks. esim. Mäkelä 2010 s. v, joka toteaa niin af Hällströmin kuin Telarannankin varoitelleen omista erehdysopillisissa monografioissaan aihepiiriin tartumisesta, mutta viisaiden neuvojen kaikuneen siis kuuroille korville.

¹⁰³⁴ Esim. Husak 2016 s. 100–101 toteaa MPC tunnusmerkistöerehdyssäännöstä (2.04(1)(b)) tarkastellessaan sen tarpeettomuudeksi, jonka poistaminen ei muuttaisi mitään. Syyksiluettavuus kun on rikosvastuun osalta joka tapauksessa osoitettava riippumatta siitä, onko sen puuttumista koskien olemassa nimenomainen vastuuvapausperuste (*defense*, *denial of mens rea*) vai ei. Vastaavasti ICCS 32(1) artiklan osalta van Verveeld 2012 s. 82–83. Samaa tapaan Jareborg 1969 s. 176 toteaa erehdyksen teoreettisesti vain tahallisuuden negaatioksi, joka ilmaistaan tavallisesti tahallisuutta ilmaisevan verbin kieltoauseella.

¹⁰³⁵ Esim. Nuutila 1997b s. 233 toteaa erehdysopin tavallaan tahallisuuden kääntöpuoleksi, joka siis kuvaa, miten menetellään, kun tahallisuuden ehdot eivät kokonaan täyty. Kyse ei Nuutilan mukaan kuitenkaan ole täydestä peilikuvasta. Esimerkiksi, vaikei tekijä olisi mieltänyt vaikkapa vahinkoseurausta varsin todennäköiseksi, ei hän asiasta ole toisaalta välttämättä erehtynytäkään. Ks. myös esim. Melander 2016 s. 219. Esim. Tapani–Tolvanen–Hyttinen 2019 s. 306–307 tekevät vahvemman eron etehdystilanteiden ja tahallisuusarvioinnin välille.

¹⁰³⁶ Ks. esim. Matikkala 2005 s. 244–251, jossa esitetään näkökantoja (olosuhde)tahallisuuden ymmärtämiselle tunnusmerkistöerehdyksestä lähtien – eli siis tavallaan tahallisuuden kannalta negatiivisen vastuuvapausperusteen kautta. Käänteisesti ks. Martinsson 2016 s. 88–89 ja 98–101, joka hyödyntää ruotsalaisia tahallisuuden alarajamalleja pyrkiessään määrittämään kieltoerehdyksen. Onpa meillä pidetty koko tunnusmerkistöerehdyspykälän säätämistä ”lainsäätäjän erehdyksenä” (kuten Tolvanen 2010 s. 915–916).

Erilaisia erehdystilanteita koskevat rajanvedot eivät tietystikään ole aina kovinkaan selkeitä. Erehdystilanteita onkin vanhastaan totuttu jaottelemaan vielä hienojakoisempiin tyyppitapauksiin. Esimerkiksi tunnusmerkistöä koskevan erehdyksen osalta on puhuttu harhaiskusta (*aberration ictus*) ja kohde-erehdyksestä (*error in obiecto*)¹⁰³⁷. Lisäksi on puhuttu vaihtoehtoisesta tahallisuudesta (*dolus alternativus*), vaihdetusta hyökkäyskohteesta ja kuvitellusta rikoksesta¹⁰³⁸. Vielä oikeuskirjallisuudessa on tavattu erottaa kokonaan omaksi erehdystilanteekseen niin sanottu *soveltamiserehdys* (subsumtioerehdys), joka merkitsee eräänlaista tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen välimuotoa, jossa tekijä siis sinällään on selvillä tunnusmerkistön edellyttämistä ulkoisista olosuhteista, mutta erehtyy niiden oikeudellisesta merkityksestä – soveltaa oikeutta väärin.¹⁰³⁹ Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa kyseiset tilanteet on usein pyritty sijoittamaan kieltoerehdyksen alaisuuteen¹⁰⁴⁰. Tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen välinen rajanveto ei kuitenkaan ole lainkaan helppoa¹⁰⁴¹ – aivan kuin ei faktojen ja normien erottaminen muutenkaan!

Erehdysopilliset epäselvyydet ovat vain yksi tekijän ja teon – tai vanhemman puhutavan mukaan subjektiivisen ja objektiivisen – välisen suhteen monimutkaisuudesta kertova rikoslainopillinen ongelmavyöhyke. Toinen aihetta koskeva epäselvyys liittyy kotimaisellekin lainopille hyvin tuttuun *peittämisperiaatteeseen*.

Peittämisperiaatteen mukaan tekijän syyksiluettavan tietämisen ja/tai tahtomisen on ulotuttava kaikkiin niihin ulkoisiin seikkoihin, joita rikosvastuun täytyminen edellyttää – ”subjektiivisen on peitettävä objektiivinen”¹⁰⁴². Iskevä ja yksinkertaisen kuuloinen määritelmä kätkee sisälleen mitä moninaisemman ongelmakentän¹⁰⁴³. Asiaa koskevat erimielisyydet pelkästään kotimaisten lainoppineiden kohdalla näyttäisivät alkavan siitä, koskeeko koko periaate tahallisuuden ohella tuottamusta lainkaan¹⁰⁴⁴. Tahallisuuden osalta epäselvyydet koskevat etenkin sitä, tuleeko

¹⁰³⁷ Esim. Melander 2016 s. 225–226.

¹⁰³⁸ Ks. Frände 2012a s. 131–135. Muistakin erehdyksen erityistilanteista ks. vielä esim. Rengier 2017 s. 128–130 ja Blomsma 2012 s. 247–248.

¹⁰³⁹ Ks. esim. Vikatmaa 1970 s. 46 ja Nuutila 1997b s. 20, 61–62 ja 233, joka tosin myös puhuu kyseisestä erehdystyyppistä ”ei itsenäisenä, vaan (tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen – JR) välimaastoon sijoittuvana” (s. 234–235 ja 243). Ks. myös HE 44/2002 s. 101.

¹⁰⁴⁰ Ks. esim. Melander 2016 s. 219 ja Frände 2012a s. 133–134 ja 185. Ks. myös Kekki 2015 s. 58. Myös oikeuskäytännössä soveltamiserehdystilanteet näytettäisiin sisällytetyt pitkälti kieltoerehdykseen rikoslain yleisen osan muutoksen jälkeen (Kallio 2016 s. 17).

¹⁰⁴¹ Ks. esim. Kinnunen 2012 s. 248–251, Matikkala 2005 s. 550–564 ja Tapani 2010 s. 192–212. Vrt. esim. Husak 2016 s. 104–110, joka katsoo tosiasioita ja oikeutta koskevan rajanvedon vaikeuden usein liioitelluksi myöntäen kuitenkin hänkin, ettei kyse ole aivan helposta asiasta. (Husakin keskeisin väite teoksessaan on kuitenkin, että tosiasioita ja oikeutta koskevia erehdystilanteita tulisi kohdella symmetrisesti – eli yhtäläisesti (esim. s. 263)). Esim. Backman 1989 s. 585–587 toteaa tosiasia- ja oikeuserehdykseen perustuvan erehdyso pillisen jaottelun yleisellä tasolla toki selkeäksi ja johdonmukaiseksi, mutta käytännön oikeuselämässä toimimattomaksi. Jonkinlaisen välitilanteen (subsumtioerehdys, epävarsinainen oikeuserhdys yms.) konstruktion Backman toteaa vain lykkäävän rajanveto-ongelmat toisaalle. Tarjoamatta asiaan varsinaista ratkaisua Backman katsoo monimutkaistuneen sääntelyn asettaman painetta vastuuvapauden ulottamiseen aiempaa selvemmin myös oikeuserhdystilanteisiin (, kuten KM 1976:72 s. 108–109 lausuttiin, ja millainen KKO:n oikeuskäytännön kehityssuunta myös Backmanin käsityksen mukaan oli 1980-luvulla jo ollut).

¹⁰⁴² Melander 2016 s. 152, Tapani–Tolvanen–Hyttinen 2019 s. 264, Frände 2012a s. 107, Nuutila 1997b s. 227 ja Matikkala 2005 s. 542. Ks. myös Erenius 1976 s. 87 ja 130, joka pitää periaatetta pohjoismaiden lisäksi universaalistikin (ainakin länsimaisten sivilisaation) rikosoikeudessa tunnustettuna periaatteena. Esim. Jareborg 2001 s. 36, 302 ja 334 huomauttaa, ettei täydellistä kongruenssia tekijän käsityksen ja oikeudenkäynnissä selviävän todellisuuden välillä voida tietenkään edellyttää.

¹⁰⁴³ Esim. Jareborg 1969 s. 258 pitäytyy tahallisuuso pillisessä väitöskirjassaan peittämisperiaatteen tarkemmasta analyysistä toden tällaisen edellyttävän selvästi silloista tarkempaa tunnusmerkistöt ekijöiden analyysiä. Myöhemmin Jareborg 2016 s. 84 toteaa peittämisperiaatteen olevan ”en (besvärlig) normativ fråga”, jonka käsittelyn hän onnistuu jälleen onnekseen välttämään. (Jareborg 2001 s. 334–358 ja Jareborg 1986 s. 20–35 aihetta kuitenkin käsitellään.)

¹⁰⁴⁴ Esim. Frände 2012a s. 107 toteaa, ettei peittämisperiaatella ole selitysarvoa tuottamuksellisten rikosten osalta. Ainakin jonkinlaisen selitysarvon näyttäisivät sen sijaan tunnistavan niin Nuutila 1997b s. 227, Matikkala 2005 s. 529–532, kuin ruotsalaisen rikosoikeuden osalta myös Asp-Ulväng-Jareborg 2013 s. 64.

tahallisuuden ulottua toiminnan ”oikeudettomuutta” tai ”laittomuutta” koskeviin¹⁰⁴⁵ taikka ”on omiaan aiheuttamaan vaaraa” -tyyppisiin tunnusmerkistötekijöihin¹⁰⁴⁶. Lisäksi erilaiset osallisuusopilliset erityistilanteet avaavat huomattavan määrän uusia ongelmia koskien muun muassa sitä, mihin kaikkeen vaikkapa yllyttäjän, avunantajan, rikoskumppanin tai välillisen tekijän tietoisuuden on varsinaisen rikosteen suorittavan henkilön toimia koskien ulotuttava. Myös se, kuinka tarkasti tekijän on vaikkapa oltava tietoinen rikoksen ulkoisesta toteutumisesta, on varsin avoin kysymys¹⁰⁴⁷.

Ongelmat tulevat monelta osin hyvin lähelle edellä jo erehdysopin osalta mainittua faktisten ja normatiivisten seikkojen erottamisen vaikeutta. Etenkin tahallisuuden kohteen osalta lähdetään usein siitä, että tahallisuuden tulisi ulottua faktisiin seikkoihin, muttei enää niiden pohjalta tehtäviin normatiivisiin arvostelmiin. Se, missä menee tältä osin faktan ja normin raja on kuitenkin usein hyvin vaikea kysymys.¹⁰⁴⁸ Lisäksi on syytä huomata, että erehdysopit ja peittämisperiaate menevät myös jossain tapauksissa limittäin. Esimerkkinä tällaisesta voidaan mainita kysymys siitä, edellyttääkö rikosvastuu (peittämisperiaatteen pääsäännön mukaisesti) tahallisuuden ulottumista erehdyttä koskeviin vastuuvapausperusteisiin. Monimutkaista ongelmavyyhtiä konkretisoi esimerkiksi Claes Lernerstedt vertaillen artikkelissaan *Putativa farhågor* Suomen RL 4:3:ää koskevaa kotimaista oppiamme sekä asiaa koskevaa ruotsalaista mallia¹⁰⁴⁹.

Peittämisperiaate on nimensä mukaisesti *periaate*, jonka on aivan turha luulotella itsessään ratkaisevan vaikeita rikosoikeudellisia tulkintatilanteita. Periaateluontonsa mukaisesti se ei myöskään ole aukoton, vaan rikosvastuunjärjestelmä sisältää lukuisia tilanteita, joissa subjektiivinen ei tavalla tai toisella vastaakaan objektiivista. Edellä (erit. alav. 1012) on jo tahallisuuden osalta puhuttu tilanteista, joissa kriminaalipoliittiset näkökohdat edellyttävät rikosvastuun ulottamista tilanteisiin, joissa syystä tai toisesta on todella vaikea puhua tekijän tietojen ja/tai tahdon *tosiasiallisesta* vastaavuudesta ulkoisten asiointilojen kanssa, vaan joissa rikosvastuun

¹⁰⁴⁵ Tällaisiin ”negatiivisiin” tunnusmerkistötekijöihin liittyvistä epäselvyyksistä ks. esim. Kinnunen 2012 s. 248–251. Esim. Luoto 2018 s. 136 katsoo valitsevaksi kotimaiseksi kannaksi, ettei rikosvastuun osalta edellytetä tekijän mieltäneen tekoon oikeudenvastaiseksi. Myös esim. van Verveeld 2012 s. 74–75 asettuu kansainvälisen rikosoikeuden osalta tälle kannalle. Oikeudenvastaisuudesta erehtyminen on hänellekin tahallisuuden sijaan kieltoerehdys- ja syyllisyyskysymys.

¹⁰⁴⁶ Esim. Tapani-Tolvanen-Hytinen 2019 s. 300–304 jossa kyseinen abstraktia vaaraa edellyttävä tunnusmerkistötekijä todetaan normatiivisen arvion varaiseksi ja tahallisuuden ulkopuoliseksi. Tahallisuuden on kuitenkin ulotuttava niihin tosiasiallisiin seikkoihin, joihin normatiivinen arvio perustuu. Samoin esim. Nieminen–Kallio–Tolvanen 2020 s. 163–165. Vrt. KKO 2006:37 kohdat 16–23, joiden perusteella korkein oikeus näyttäisi ainakin lajusrikkomuksen kohdalla yksiselitteisesti edellyttäneen tekijän tahallisuuden ulottuvan myös ”on omiaan” tunnusmerkkiin. Koska tahallisuuden täytyminen kuitenkin sidotaan tekijän tiedostamiin teko-olosuhteisiin sekä KKO:n tältä pohjalta suorittamaan tahallisuutta koskevaan ”on täytynyt” -päätelmään, voidaan tietysti myös ajatella tahallisuuden osalta riittävän, että se ulottuu ”tosiasiallisiin seikkoihin”.

¹⁰⁴⁷ Ks. esim. Luoto 2018 s. 133–134, jonka mukaan kotimaisessa tahallisuuskäsitteessä katsotaan vakiintuneesti, että seuraustahallisuuteen kuuluu vain pääpiirteinen tieto seurauksen syntytavasta –, mitä tällainen ”pääpiirteisyys” sitten ikinä tarkoittaakaan. Myös syy-yhteys on Luodon mukaan luonteeltaan ”määrittelemätön tunnusmerkki” (*ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal*), jonka osalta riittää, että avunantaja on pääpiirteissään selvillä tavasta, jolla hänen toimintansa edistää päätekijän toimintaa. Esim. HE 44/2002 s. 155 puhuu yllyttäjän käsityksen ja toteutuneen teon välisestä ”riittävästä vastaavuudesta”.

¹⁰⁴⁸ Ks. esim. Schönke/Schröder 2019 (Detlev Sternberg-Lieben ja Frank Peter Schuster) s. 254 ja 258–259, jossa jakoa deskriptiivisiin ja normatiivisiin tunnusmerkistötekijöihin hyödynnetään tahallisuuden kohteiden erittelemisessä (esim. jälkimmäisiä koskevaan tietoisuuteen yhdistetään oppi maallikon paralleeliarvotuksesta (*Parallelwertung in der Laiensphäre*)). Ensimmäisissä on kyse aistein havaittavista seikoista / jälkimmäisten toteaminen edellyttää (arvo)arvostelmaa. Tältä osin toki tunnustetaan rajanvedon saattavan olla hyvin vaikeaa (– johtuen siitä, että myös deskriptiiviset tunnusmerkit pitävät sisällään tietyn määrän normatiivista ainesta). Ks. myös Kindhäuser 1984, joka viittaa etenkin filosofiansä käytyttyyn termiin *factum brutum* – ”raa’at, käsittelemättömät tosiasiat”, joille – lihan valmistamisen tavoin – voidaan antaa merkitystä lukuisin erilaisin tavoin. Näitä erilaisia ”valmistustapoja” käsitellessään Kindhäuser korostaa ”raakuuden” olevan aina suhteellista.

¹⁰⁴⁹ Lernerstedt 2013. Monessa kohdin tullaan kysymykseen tahallisuus- ja huolimattomuusarviointien sekoittumisesta (erit. s. 186–188 ja 201–202). Esim. kotimaisen RL 4:3:n viittaus tekotilanteeseen ”sellaisena kuin tekijä sen perustellusti käsitti” (kurs. JR) ja siis tekijän käsityksen perusteltavuuden toteaminen näyttäisi johtavan vähintäänkin jonkinlaiseen huolimattomuusarviointia lähellä olevaan arvioon.

perustelut kääntyvät siihen, mitä tekijän olisi pitänyt tietää/tahtoa – eli, mitä häneltä tiettyjen ulkoisten asiointilojen vallitessa odotettiin. Muina esimerkkeinä peittämisperiaatteesta ”lipsumisesta” voidaan mainita ainakin ruotsalaisessa rikosoikeusdoktriinissa omaksuttu käsite ”subjektiva överskott”, jolla viitataan tilanteisiin, joissa rikosvastuu edellyttää sellaista subjektiivista tunnusmerkkiä, jolle ei löydy tunnusmerkistöstä objektiivista vastinparia. Esimerkiksi rangaistuksen mittaamista koskeva BrB 29:2 1-kohta määrittää raskauttavaksi seikaksi sen, että tekijä luulee tekonsa johtavan vakavampiin seurauksiin, kuin mitä lopulta todella tapahtuu.¹⁰⁵⁰ Kotimaisessa doktriinissa Heli Korkka on huomauttanut niin sanottujen korotettujen tahallisuusvaatimusten merkitsevän poikkeusta peittämisperiaatteen mukaisesta pääsäännöstä¹⁰⁵¹. Korotetuissa tahallisuusvaatimuksissa on kyse tunnusmerkistöistä, joissa syyksiluettavuusedellytys asetetaan tiukemmaksi, kuin mitä se RL 3:6:n yleisen osan tahallisuuden legaalimääritelmä nojalla olisi. Vaaditaan esimerkiksi pelkän todennäköisyystahallisuuden sijaan erehdyttämistarkoitusta (kuten RL 16:5) tai nimenomaisesti tietoa jostain seikasta (kuten RL 48a:4).¹⁰⁵² Korotettuja tahallisuusvaatimuksia ei kuitenkaan välttämättä tarvitse mieltää niinkään poikkeuksina peittämisperiaatteesta, vaan monesti voisi olla parempi puhua poikkeuksesta RL 3:6:n yleisestä tahallisuusvaatimuksesta. Monestihan tahallisuusvaatimukselle (joskin korotetulle) edelleen löytyy objektiivinen ”vastinpari”, mutta tahallisuuden aste siis vain asetetaan varsin todennäköisenä pitämistä korkeammalle.

Peittämisperiaatteen osalta onkin hyvä huomata, että tahallisuuden ja tuottamuksen erilaisia muotoja ja lajeja tavataan erotella niin niiden *intensiteetin* kuin *kohteenkin* mukaan. Intensiteettiin liittyviä erotteluja ovat esim. tarkoitus-, varmuus- ja todennäköisyystahallisuus sekä tietoinen, tiedoton, törkeä ja lievä tuottamus. Kohteeseen perustuvia erotteluja ovat sen sijaan esim. seuraus- ja olosuhdetahallisuus sekä mitä erilaisimmat tuottamuksen piirissä tavattavat luonnehdinnat: *ryhtymistuottamus*, *valintatuottamus* (culpa in eligendo), *ohjeistustuottamus* (culpa in instruendo), *valvontatuottamus* (culpa in custodiendo tai inspiciendo)¹⁰⁵³ ja niin edelleen. Nimenomaan jälkimmäiset erittelyt liittyvät suoranaisesti peittämisperiaatteeseen.

Vielä on syytä muistaa, ettei koko peittämisperiaate ole millään tapaa välttämätön konstruktio. Esimerkiksi Samuel Cavallin on syyllisyyttä koskevassa vuoden 1999 väitöskirjassaan kyseenalaistanut koko periaatteen mielekkyyden. Taustalla on perustavanlaatuisen kysymys objektiivisen ja subjektiivisen, ulkoisen ja sisäisen sekä ruumiin ja sielun välisestä erottelusta. Cavallinin mukaan ”kartesiolaiseen myyttiin” perustuva ajatus edellisten tarkkarajaisesta dualistisesta erottelusta on kestänyt, mutta elää valistuksen ajan sitkeänä ajatusperinteenä yhä edelleen rikosoikeudessa. Cavallinin ajatuksena on, ettei ihmistekoja ole mitään syytä ajatella jonkinlaisina fysikaalisina ja tekijästään irrallisina ”klimppeinä”, joita voisi ensin havainnoida jotenkin ”objektiivis-luonnontieteellisesti” ja tämän jälkeen sitten pohtia missä määrin

¹⁰⁵⁰ Ks. esim. Jareborg 1969 s. 273. Koponen 2004 s. 225 toteaa, että subjektiivisen puolen osalta voidaan tähän tapaan mennä pidemmälle kuin objektiivisen puolen osalta. Vasta objektiivisen puolen ”enemmyys” olisikin Koposen mukaan peittämisperiaatteen vastaista.

¹⁰⁵¹ Korkka 2015 s. 55–56.

¹⁰⁵² Tietoon ja/tai tahtoon perustuvan tahallisuuden määritelmän valossa voidaan puhua joko volitiivisista tai kognitiivisista korotetuista tahallisuusvaatimuksista. Korotettujen tahallisuusvaatimusten suhde ns. tarkoitus- ja varmuustahallisuusmalleihin on jossain määrin epäselvä. Ks. esim. Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 s. 270–275, Tapani 2004 s. 225 sekä Matikkala 1991 s. 962. Korotetuista tahallisuusvaatimuksista ks. myös Rankinen 2017 s. 433 ja s. 435 taulukko, josta käy ilmi, että rikoslakimme tuntee tällaisia varsin paljon.

¹⁰⁵³ Erilaisista (nimenomaan yhtiömuotoiseen toimintaan liittyvistä) tuottamuksen lajeista ks. esim. Nissinen 1996 s. 173.

tekijän ”subjektiivinen” mielenmaisema ne sattuu kattamaan. Sen sijaan Cavallin korostaa ihmistekojen *merkityksellisyyttä*, joka puolestaan perustuu niitä tekeviin persoonoihin ja näiden intentioihin. Teon on alun perin oltava jollain tapaa merkityksellinen, jotta se ylipäänsä voisi edes tulla ymmärretyksi *teoksi*. Kyseinen merkitys on puolestaan luettavissa suoraa teosta, jossa tekijä manifestoi intentioitaan. Tätä kautta dualistinen maailmankuva romahtaa.¹⁰⁵⁴

Mikäli luovutaan uskosta dualistiseen maailmaan, käy samalla ajatus tekijän ”sisäisen” elementin *peittämistä* fysikaalisen maailman ilmiöistä (esimerkiksi puhtaista ruumiinliikkeistä) vähintäänkin harhaanjohtavaksi. Cavallin toteaa ajatuksen ruumiinliikkeiden peittämisestä sielunliikkeillä väärinymmärrykseksi ja puoltaa puhumista peittämisperiaatteen sijaan ”tekojen merkityksellisyydestä”. Sinällään Cavallinkin näyttäisi kuitenkin olevan valmis antamaan jonkinlaista rikosvastuupillista merkitystä peittämisperiaatteellekin.¹⁰⁵⁵

Kaiken jo edellä mainitun perusteella tekijän subjektiivisen mielentilan sekä objektiivisen ja ulkoisesti havaittavan teon (seurauksineen) välinen vastaavuus, ja suhde ylipäänsä, on rikosvastuun kannalta perustavanlaatuinen ja keskeinen ongelmakenttä. Ei ole ihme, että sitä on länsimaisissa rikosoikeusjärjestelmissä pyritty hallitsemaan myös monin muin mallein kuin *erehdysopilla* ja *peittämisperiaatteella*, joista pohjoismaissa on totuttu puhumaan. Sinällään kyse on toki pitkälti terminologiasta. Ongelman ydin näyttäisi lopulta palautuvan rikosoikeudellisesti perustellun aikaperspektiivin rajaamiseen rikosvastuuta arvioitaessa.

Ilmeisesti kanonisen oikeuden piirissä kehitellyn *versari in re illicita* -maksimiin mukaan tekijän ylittäessä kielletyn teon suorittamalla tietyn moraalisen rajan, voidaan hänen syykseen lukea aiheutuneita seurauksia kiinnittämättä juuri huomiota siihen, missä määrin tekijä esimerkiksi tarkoitti tai edes ymmärsi juuri tällaisia seurauksia aiheuttavansa. Esimerkiksi englantilaisessa rikosoikeudessa tunnetaan *Thin Ice Principle* tai *Malice Principle* sekä niin sanottu *Constructive Liability* -ajatusmallit, joissa *versari in re illicita* -maksimiin voi ajatella edelleen elävän.¹⁰⁵⁶

Toinen rikoksen subjektiivisen ja objektiivisen puolen vastaavuuden ongelmien kanssa kamppaileva ja manner-Euroopassa tutumpi oppi kulkee nimellä *actio libera in causa* – eli ”syystään vapaa toiminta”. Kyse on tilanteista, joissa tekijää ei *tekohetkisen* syyntakeettomuutensa tai puuttuvan syyksiluettavuuden johdosta näyttäisi voitavan moittia tekemisistään, mutta joissa tarkasteltavan ajanjakson laajentaminen johtaa tarpeeseen arvioida moitittavuutta uudelleen. Tyypillinen esimerkki *actio libera in causa* -opin kannalta relevantista tilanteesta, on toisen surmaaminen sinällään syyntakeettomassa tilassa, joka kuitenkin on aiheutettu enemmän tai vähemmän tarkoituksellisesti hetkeä aiemmin. Hieman yksinkertaistaen

¹⁰⁵⁴ Cavallin 1999 s. 14–15, 43, 50–52, 150, 563–564 ja 599–600. Cavallin tukeutuu teoriassaan ennen kaikkea R. A. Duffin ajatuksiin tekojen implisiittisesti sisältämistä intentioista ja tätä kautta syntyvistä merkityksistä. Duffille intentionaalisuus on ”logically parasitic on action”. Ks. erit. s. 100–105, 141 ja 247–248.

¹⁰⁵⁵ Cavallin 1999 s. 354 ja 594–595.

¹⁰⁵⁶ Ks. esim. Blomsma 2012 s. 216–217, joka toteaa esim. *Constructive Liability* -mallin mannermaisen *dolus eventualis* -tahallisuuden kanssa rinnasteiseksi vastuurakennelmaksi (”functional equivalent”). Ks. myös esim. Ashworth 2009 s. 77–78, joka viittaa *Unlawful Act Theory* -nimellä ajatukseen siitä, kuinka päätös rikoksen tekemisestä muodostaa moraalisen kynnyksen, jonka ylittämisen jälkeen tekijä vastaa aiheuttamistaan ehkä yllättävistäkin seurauksista. Ashworth toteaa ajatusmallista esiintyvän erilaisia kohtuuserusteisia painotuksia. Yhtenä mahdollisuutena on sitoa syyksi lukeminen ainoastaan tavalla tai toisella samantyyppisiin rikoksiin (”family of offences”) tai moraalisesti riittävän samankaltaisiin haittoihin. Ks. myös Utriainen 1984 s. 285, joka toteaa *versari in re illicita* -opilla olleen suuri vaikutus etenkin angloamerikkalaisessa syyksiluettavuusopissa. Ks. myös esim. Anttila 1969 s. 627–628, joka katsoo *dolus indirectus* -tahallisuuden kehittyneen alun perin pyrkimyksestä sulattaa kyseinen *versari*-periaate roomalaisen oikeuden syyllisyysooppiin.

voitaisiin sanoa opissa olevan kyse rikosvastuun kannalta relevantin aikaperspektiivin laajentamisesta tilanteissa, joissa yksinomaan pistemäisen tekohetken tuijottaminen näyttäisi johtavan kriminaalipoliittisesti kestävämpiin seurauksiin.

Tarkemmin ottaen *actio libera in causa* -tilanteet ("alic") voidaan jakaa tahalliseen ja tuottamukselliseen oman syyntakeettomuutensa aiheuttamiseen. Edelleen voidaan erottaa myös aktiivisen teon sijaan laiminlyöntiin liittyvät *omissio libera in causa* -tilanteet ("olic") sekä anteeksiannettavan syyntakeettomuuden aiheuttamisen sijaan oikeuttamisperusteen aiheuttamiseen liittyvät *actio illicita causa* -tilanteet ("aliic").¹⁰⁵⁷ Edellä jo mainittu Timo Saranpään Suomessa esittelemä ja ennen kaikkea siviilioikeuden puolella tunnetumpi *casus mixtus cum culpa* -periaate on edelleen pitkälti yksi tapa vastata tismalleen samaan kysymykseen: mitä tulisi tehdä tilanteessa, jossa vahinkoa näyttäisi aiheutetun siinä määrin välillisesti, ettei vahingon osalta voi puhua enää aiheuttajan tahallisuuden tai tuottamuksen piiriin kuuluvasta asiasta, mutta erinäiset syyt puoltaisivat kuitenkin vastuuta vahingosta – voisiko "syytä vapaaseen toimintaan" tai tapaturmaan kuitenkin "sekoittaa tuottamusta"?^{1058?}

Edellisten lisäksi on syytä nostaa esiin vielä rikosoikeudellisessa keskustelussa aina silloin tällöin esiin nouseva *dolus generalis* -oppi, jossa useammasta teosta koostuva toiminta niputetaan ajatuksellisesti laajemmaksi tekokokonaisuudeksi (*mehraktiges Tatgeschehen*) ulottaen samalla tarkasti ottaen vain osaan teoista ulottuva tahallisuus kattamaan koko kokonaisuuden.¹⁰⁵⁹

3.3 TEKO

Rikosoikeuden piirissä tavataan puhua *tekorikosoikeudesta* eräänlaisena rikosoikeudellisen ajattelun läpäisevänä peruslähtökohtana. Ajatuksena on se, ettei rikosvastuu voi perustua – ainakaan yksinomaan – henkilön luonteenpiirteisiin tai edes mielipiteisiin taikka ajatuksiin. Sen sijaan rikosvastuu edellyttää aina jonkinlaista tekijän suorittamaa tekoa häntä ympäröivässä ulkoisessa maailmassa. Rikosvastuu voi lisäksi tulla kyseeseen tilanteissa, joissa tekijä ei sinällään suorita minkäänlaista tekoa, mutta tällaista olisi se sijaan häneltä vaadittu.

Rikosoikeuden kannalta relevantti *teko* onkin tapana jakaa yhtäältä *aktiiviseen toimintaan* sekä *passiiviseen laiminlyöntiin*, eli tekemättömyyteen. Suomenkielelle jo terminologisesti vaikea järjestelmä ei ole sisällöllisesti yhtään sen helpompi.¹⁰⁶⁰ Aktiivisten toimien ja passiivisten laiminlyöntien väliseen rajanvetoon ei nimittäin ole olemassa yleispätevää keinoja. Tämä ei tarkoita, ettemmekö monissa tilanteissa pitäisi rajanvetoa intuitiivisesti selvänä. Puukolla ensin toista rintaan iskevä ja loukkaantuneen oman onnensa varaan jättävä henkilö suorittaa ensin aktiivisen puukolla iskemisen toimen ja tämän jälkeen passiivisen auttamisen laiminlyönnin. Harvalle tulisi välttämättä mieleenkään puhua vaikkapa toisen puukottamatta

¹⁰⁵⁷ Oppia koskevasta systematisoinnista ks. esim. Satzger 2006.

¹⁰⁵⁸ Saranpää 2015.

¹⁰⁵⁹ Ks. esim. Roxin 1977, joka toteaa *dolus generalis* -kysymyksenasettelun kuuluvan rikosoikeusdogmatiikan vanhimpiin (s. 109). Luonnehdintaa "mehraktiges Tatgeschehen" käyttävät mm. Schönke/Schröder 2019 (Detlev Sternberg-Lieben ja Frank Peter Schuster) s. 252.

¹⁰⁶⁰ Käytän esityksessäni siis *tekoa* yhtäältä aktiivisen *toiminnan* ja toisaalta passiivisen *laiminlyömis*en yläkäsitteenä – samoin kuin vaikkapa Korkka 2019b s. 189 sekä Frände 2012a s. xvi–xvii ja 57. Esim. ruotsin kielessä yläkäsitteenä käytetään usein termiä *gärning* ja alakäsitteinä termejä *handling* sekä *underlåtenhet*. Saksassa yläkäsitteenä toimii usein *Handlung* tai *Verhalten* ja alakäsitteinä *Tun* sekä *Unterlassen* (ks. esim. Jareborg 1969 s. 15). "Teon" ja "toiminnan" erottelun osalta ks. myös Nuotio 1998 s. 409–410, jossa *teko* ymmärretään moraalifilosofisesta tarkastelukulmasta suppeammaksi ja lähinnä teoreettisen puolen sisältäväksi näkökulmaksi ja *toiminta* sen sijaan teonetiikan ohella asennoitumiseettisiä näkökohtia sisältäväksi.

jättämisen laiminlyömisestä tai tapahtumapaikalta pois päin suuntautuvasta aktiivisesta askeltamisesta. Jopa kyseiset esimerkit kuitenkin monimutkaistuvat, mikäli puukottamisen kontekstiksi erotetaan vaikkapa kamppailuharjoitus ja toisen ojaan jättämisen taustalle ajatellaan yhteinen baari-ilta. Tämän jälkeen vähintäänkin puhe teräsekokoulutuksen etäisyyksiä koskevien varomääräysten *noudattamatta jättämisestä* tai toisen *tappamisesta* juottamalla tämä umpihumalaan ja vielä varmistumalla tämän päätymisestä kotimatalla syyspakkasten jo huurtamaan ojaan alkaa hämärtää toimimisen ja laiminlyömisestä välistä rajaa. Erilaisilla konteksteilla leikkivien esimerkkienä tarkoituksena on osoittaa, etteivät toiminta ja laiminlyönti ole erotettavissa yleisellä tasolla ja matemaattisella tarkkuudella. Ihmistoimien – ja toimimattomuuksien – arviointi on yksinkertaisesti monimutkaista ja kontekstisidonnaista!¹⁰⁶¹

Ongelmana on se, että toiminnan ja laiminlyönnin välinen rajanveto näyttäisi etenkin aidosti vaikeissa rajanvetotilanteissa olevan hyvin riippuvainen siitä, kuinka laajasta näkökulmasta tilannetta tarkastellaan. Näkökulma voi olla laajempi tai suppeampi niin aikaperspektiivin kuin vaikkapa sosiaalisen kontekstinkin osalta. Koska näkökulman rajaamiseen ei ole olemassa minkäänlaisia lukkoon lyötyjä sääntöjä, jää rajanveto varsin alttiisti enemmän tai vähemmän tiedostetulle manipuloinnille.

Analyttisesti toiminnan ja laiminlyönnin välistä rajanveto-ongelmaa voi pyrkiä jäsentämään hienojakoistamalla järjestelmää. Esimerkiksi Johan Boucht erottelee kahden sijaan kolme erilaista tekoasetelmaa, jossa eräänlaiseksi toiminnan ja (puhtaan) laiminlyönnin välimuodoksi erotetaan *toimiminen varotoimet laiminlyöden*. Boucht käyttää jälkimmäisestä esimerkkinä jääkiipeilyryhmän johdattamista huonossa säässä solaan, jossa ryhmäläinen menehtyy kivivyöryn alle. Rikosoikeudellisesti relevantissa teossa yhdistyy ryhmän aktiivinen johtaminen solaan sekä erilaisten turvatoimien (kuten sään huomioimisen tai vaikkapa kypärien käytön) laiminlyöminen.¹⁰⁶²

Rikosvastuun edellyttämä toiminta on yleensä kuvattu suhteellisen tarkasti kulloinkin kyseessä olevassa rikostunnusmerkistössä. Itse asiassa RL 3:3:n kaksijakoinen ”varsinaisten” ja ”epävarsinaisten” laiminlyöntirikosten erottelun varaan rakentuva vastuujärjestelmä tavallaan edellyttää, että vähintäänkin aktiivisen toiminnan ja passiivisen laiminlyönnin välinen raja kävisi erityisen osan tunnusmerkistöistä ilmi. Näin ei tietystikään aina ole¹⁰⁶³. Malliesimerkkinä toimii kuolemantuottamuskriminalisointi, jossa tekotapatunnusmerkkinä on

¹⁰⁶¹ Kotimaisessa rikoslainopissa aktiivisen toiminnan ja passiivisen laiminlyömisestä välistä erottelua koskeva keskustelu on jäänyt melko vähiin. Näin huomauttaa esim. Nissinen 1996 s. 92–95, joka muistuttaa, että esim. Saksassa on (tämäkin) aiheesta kirjoitettu runsaasti. Siitä huolimatta ei välttämättä ole lopulta päästy kovin paljon pidemmälle kuin, toteamaan vaikkapa Jescheckin tavoin, että intuitiivisen ”luonnollisen hahmotustavan” (*das natürlichen Verständnis der Dinge*) pohjalta rajanveto hoituu yleensä jokseenkin ongelmattomasti. Käytännön oikeuselämän osalta kotimaisiakin esimerkkejä toiminnan ja laiminlyöntien erotteluun liittyvien ongelmien moninaisuudesta löytyy esim. Harri Palménin vuoden 1978 tutkimuksesta *Laiminlyöntirikoksista* (Palmen 1978 erit. s. 64–97). Aktiivisten toimien ja passiivisten laiminlyöntien erottamisen vaikeudesta sekä tämän merkityksestä syy-yhteyssarviointiin ks. myös Rankinen 2018, jossa yritetään sanoa pidemmän kaavan kautta suunnilleen samaa, minkä Jareborg 1969 s. 76 tiivistää: ”Handlingar utföres av personer, inte av kroppar.” – Asioiden luonnollinen arviointi ei etenkaan ihmisiin liittyen tarkoita välttämättä luonnontieteellistä arviointia.

¹⁰⁶² Boucht 2013 s. 988–991. Samantapaisesta kolmijaosta ks. myös vaikkapa Jareborg 2001 s. 205–206 ja 213–216 sekä Nissinen 1996 s. 93–95. Ks. myös vaikkapa Korkka 2019b s. 189–192, joka joutuu toiminnan ja laiminlyönnin erotteluun pohjaavan kausaalisuusmallinsa kanssa ongelmiin huolellisuusnormin rikkomistapauksissa, jotka näyttäisivät sijoittuvan edellisten ”välimaastoon”. Korkka pitää kiinni kaksijakoisesta mallista sisällyttämällä ongelmallisen ryhmän ”*laajan laiminlyöntirikoksen*” käsitteen alaisuuteen.

¹⁰⁶³ Eihän aktiivista tekoa ja passiivista laiminlyöntiä jo edellä mainituin tavoin ole onnistuttu täsmällisesti erottamaan oikeustieteessäkään! Varsin tuoreena esimerkkinä siitä, kuinka etenkin käytännöllisesti painottuneessa lainopissa on täysin mahdollista käsitellä aktiivisen teon ja passiivisen laiminlyönnin väliseen dikotomiaan pohjaavaa vastuuasemaoppia ilman minkäänlaista perustavanlaatuaista kykyä erottaa aktiivista tekoa ja passiivista laiminlyöntiä toisistaan ks. Niemelä 2020.

”huolimattomuudellaan aiheuttaminen”. Kuten myöhemmin tulemme huomaamaan, merkitsee huolimattomuus sinällään tietysti huolellisuuden laiminlyömistä. Kyse on kuitenkin toiminnan sijaan normista – huolellisuusvelvoitteesta –, jota voi rikkoa niin aktiivisin toimin kuin passiivisin laiminlyönnneinkin. ”Aiheuttaminen” puolestaan viittaa ennen kaikkea syy-yhteyteen. Ainakin sanan yleiskielisessä merkityksessä *aiheuttaa* voi niin aktiivisesti toimimalla kuin passiivisesti laiminlyömylläkin¹⁰⁶⁴. RL 21:8:ää lukemalla ei toisin sanoen yleisellä tasolla selviä, onko laiminlyönti määrätty rangaistavaksi vai ei. Kyseinen tunnusmerkistö on tavattu katsoa epävarsinaiseksi laiminlyöntirikokseksi¹⁰⁶⁵, mikä johtunee ainakin osittain RL 3:3.1:n edellyttämästä ”nimenomaisuudesta”. Ongelmana on kuitenkin se, ettei kuolemantuottamuksen syyksi lukemisen yhteydessä aina tarkastella lainkaan RL 3:3.2:n mukaisia vastuuasemia, mitä vastuu epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta kuitenkin lain sanamuodon mukaisesti aina edellyttäisi.

Teoreettisen (ja etenkin saksankielisen) rikosoikeustutkimuksen piirissä on varsinkin 1900-luvulla puhuttu paljon niin sanotuista *teon teorioista*. Kotimaisessa keskustelussa ovat esiin nousseet erityisesti niin sanottu *filosofinen* ja *sosiaalinen* teon teoria, jotka voi mieltää toistensa eräänlaiseksi vastinpariksi. Filosofinen teon teoria rakentuu *perus-* eli *primääritekojen* ja näistä *johdettujen* tekojen väliseen erotteluun. Primääriteoissa on kyse kontrolloiduista ruumiinliikkeistä, joita ei voi toteuttaa tekemällä jotain muuta. Johdetuissa teoissa on puolestaan kyse konventionaalisista esimerkiksi yhteiskuntamoraaliin perustuvista ja usein erilaisin kielellisin vaihtoehdoin kuvattavissa olevista teoista, Rikosoikeus on kiinnostunut nimenomaan jälkimmäisistä, jotka siis kuitenkin ovat johdettavissa ensimmäisistä. Näin voidaan hahmotella niin sanottuja ”tekopuita”, joissa puhe-elinten liikuttelu muuttuu ääniaalloiksi ja edelleen puheeksi, joka puolestaan voi edelleen merkitä niin toisen tervehtimistä kuin halventamistakin. Sosiaalinen teon teoria lähtee teon perusosasten sijaan liikkeelle suoraan kokonaisuudesta, jota pyritään ymmärtämään kontekstinsa ja merkityksensä kautta. Olennaisena kysymyksenä on se, painottuuko toiminnan sosiaalinen mielekkyys laiminlyöntiin vai aktiiviseen tekemiseen. Käytännössä sosiaalinen teon teoria johtaa helposti teon käsitteen itsenäisen ja abstraktin merkityksen vähenemiseen. Viimeaikaisessa kotimaisessa rikoslainopillisessa keskustelussa ei ole juuri osoitettu kiinnostusta yleisten (ja filosofisten) teon käsitettä koskevien teorioiden kehittelyyn. Tässä mielessä voitaneen ajatella sosiaalisen teon teorian päässeen tavallaan voitolle. Etenkin vaikkapa talous- tai ympäristörikollisuuden kaltaisten ”modernin rikosoikeuden” ilmiöiden kohdalla tekemisten ja tekemättä jättämisten kontekstisidonnainen ja kokonaisvaltainen tarkastelu on huomattavasti primääri- ja sekundääritekojen erittelyä luontevampi tapa lähestyä ongelmia. Sinällään minun on lopulta vaikea nähdä teorioiden välillä kovinkaan merkittäviä yleisen tason eroja. Myös filosofinen teon teoria painottaa nimenomaan johdannaisten tekojen rikosoikeudellista relevanssia. Sosiaalinen teon teoria pääsee tähän käsiksi ehkä suoraviivaisemmin, mutta saattaa matkalla menettää tiettyä analyttistä otetta.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁴ Näin todetaan nimenomaisesti lain esitöissäkin (HE 44/2002 s. 42).

¹⁰⁶⁵ Näin esim. Tapani-Tolvanen-Hyttinen 2019 s. 221, Tapani 2004 s. 155 ja Nuutila 1997b s. 125–126 sekä Nuutila 1996 s. 232–234, joka tosin myös huomauttaa, ettei epävarsinaisia laiminlyöntirikoksia voida erottaa tunnusmerkistötasolla, vaan selvä valtaosa loukkaamis- ja muista seurausrikoksista voidaan toteuttaa myös laiminlyönnillä.

¹⁰⁶⁶ Teon teorioista ovat kotimaisessa rikoslainopissa kirjoittaneet ennen kaikkea Dan Frände ja Ari-Matti Nuutila, joista ensimmäinen painottaa filosofista ja jälkimmäinen sosiaalistan teon teoriaa. Ks. Frände 2012a s. 69–71 ja Nuutila 1996 s. 253–256. Erityisen havainnollisena esimerkkinä teorioiden käytännön eroista ks. Fränden ja Nuutilan yhteisvoimin ja toinen toisiaan arvioiden kirjoittama oikeustapausanalyysi tapauksesta KKO 1994:101 (Frände–Nuutila 1996). Teon teorioita käsittelee (joskin

Muina teon teoriaina voidaan mainita syy-yhteykskysymysten varaan rakentuva *kausaalinen* teon teoria, toiminnan inhimillistä tarkoitusta painottava *finalinen* teon teoria sekä teon ja laiminlyönnin erottamisen merkityksen kyseenalaistava *negatiivinen* teon teoria¹⁰⁶⁷. Rikosoikeudelliset ajatusrakennelmat tapaavat olla kokonaisuuksia. Ei liene mikään ihme, että esityksensä nimenomaan tahallisten toimintarikosten varaan pohjaava Frände hyödyntää filosofista teon teoriaa, mutta rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta kirjoittava Nuutila sen sijaan sosiaalista teon teoriaa.

Teon ja laiminlyönnin erottelun ohella rikosoikeudellisesti relevanttia tekemistä voidaan eritellä monin muinkin tavoin. Yksi mahdollisuus on erottaa teosta erilaisia kronologisia vaiheita. Toinen mahdollisuus on erotella tekoon osallistuvien henkilöiden erilaisia panoksia. Ensimmäisessä on kyse niin sanotun täytetyn rikoksen ja sen enemmän tai vähemmän alustavien esivaiheiden erottelusta. Jälkimmäisessä puolestaan niin rikoksen varsinaisen tekijän kuin tekoon enemmän tai vähemmän myötävaikuttaneiden ”sivuhenkilöiden” tekojen intensiivisyydestä.¹⁰⁶⁸ Erilaiset rikollisen tekemisen kronologiset vaiheet sekä myötävaikutuksen muodot eivät tietystikään ole täysin irrotettavissa toisistaan. Tästä huolimatta erottelu on nähdäkseni ihan hyödyllinen rikosoikeuden maiseman ja karttojen tarkastelussa.

3.3.1 Kronologia

Rikos voidaan hahmottaa kronologisesti vaiheittaiseksi prosessiksi, jonka alkupisteenä on jonkinlainen ajatus rikoksen tekemisestä ja loppupisteenä niin sanottu täytetty teko¹⁰⁶⁹. Niin sanottu *salahanke* (criminal conspiracy) merkitsee tällä hetkellä ajallisesti ulointa rikosoikeuden kannalta relevanttia prosessin vaihetta, jossa liikutaan yhtäältä varsinaisia rikoksen täytäntöönpanotoimia edeltävässä, mutta pelkkää ”pahaa

”suurin harppauksin”) myös Nissinen 1996 s. 80–85, joka erotelee saksalaisina koulukuntina *idealistisen, luonnontieteellisen* (kausaalisen tai naturalistisen), *yksilöllisen, teleologisen, symptomaattisen, sosiaalisen ja finalisen* koulun. Nissinen itse edustaa sosiaalista tekokäsitystä (s. 83). Jareborg 1969 s. 86–87 erittelee (Arthur Kaufmannin pohjalta) saksalaisen keskustelun *kausaaliseen* (tai luonnolliseen), *finaliseen* (tai subjektiivis-finaliseen), *symptomaattiseen, sosiaaliseen ja persoonalliseen* teko-oppiin. Koskinen 1973 s. 124 alav. 2 erotelee puolestaan kotimaisen ”teon” käsitettä koskevan keskustelun pääsuuntauksiksi *kausaalisen, finalisen ja sosiaalisen* teon käsitteen. Eri 1900-luvun koulukunnista ks. myös Vikatmaa 1970 s. 15–22, Palmén 1978 s. 22–26 ja Jescheck–Weigend 1996 s. 217–226. Ks. edelleen Kantola 1976, joka ihmettelee, ettei Suomessa ollut tunnettu tarvetta teon käsitteen tutkimiselle, vaikka esim. juuri Saksassa oli jo tuolloin tuotettu hyllymetreittäin aihetta koskevaa tutkimusta (s. 8). Aiheesta kannattaa lukea myös Cavallin 1999 s. 64–88, jossa esitellään pohjoismaissa enemmän tai vähemmän sivuutettuja teko-oppeja kytkien ne laajemmin rikoksen rakenneoppiin eri osasineen ja näin osoittaen, miten nämä liittyvät toisiinsa; ajatus siitä, mitä ihmisteko ja tekemättä jättäminen ovat kun ei oikein voi olla vaikuttamatta ajatukseen siitä, mitä merkitsee vaikkapa *rikos, vääritys* tai *syylisyys*! Eri teko-opit näyttävätkin Cavallinin mukaan johtavan hieman omanlaisiinsa syylisyyden- ja tuottamusoppeihin (s. 445). Lisäksi Cavallin kykenee laajentamaan tarkastelun myös (ainakin jossain määrin – joskin lähinnä H. L. A. Hartia ja ennen kaikkea Anthony Duffia koskien) myös anglosaksiseen perinteeseen (s. 99–105).

¹⁰⁶⁷ Etenkin saksalaisessa keskustelussa toisen maailmansodan jälkeen aina 1970-luvulle merkittävässä asemassa olleesta, mutta vaikkapa Suomessa varsin vähälle huomiolle jääneestä finalisesta teon teoriasta ks. esim. Matikkala 2005 s. 40–42. Ks. myös Rengier 2017 s. 41 ja Kindhäuser 2009a s. 50–52. Teon teorioista ylipäänsä ks. vielä Fletcher 1998 s. 51–53. Tietyllä tapaa negatiivinen teon teoria on 2000-luvulla (ainakin Suomessa) unohtuun painuneiden tekooppien viimeinen vaihe; toelle ei etsitä *ontologista olemusta*, vaan sille asetetaan *negatiivinen funktio* – teon käsitteen avulla suljetaan pois sellainen käyttäytymisen, joka ei missään olosuhteissa voi tulla rikosoikeudellisen arvostelun kohteeksi (esim. pelkät ”sieluntilat” tai ihmisen hallinnan ulkopuolella olevat tapahtumat). (Ks. esim. Nissinen 1996 s. 75 alav. 20)

¹⁰⁶⁸ Esim. Lohse 2012 s. 81–114, 169 ja 176 puhuu rikoksen aika- ja henkilöolottuvuudesta, esivaiheista ja osallisuudesta sekä rikosvaiheista ja rikospanoksesta. Tätä kautta Lohse pyrkii sijoittamaan valmistelun ja edistämisen omien perheyhtäläisten lähioppiensa joukkoon. Esim. Träskman 2004 s. 161 erotelee samantapaisesti rikoksen ”realiseringsgrad” ja ”personkrets”. Tapani 2010 s. 18 puolestaan puhuu yritys- ja osallisuusopeista rikosoikeudellisen vastuun *laajennuksina* – joko täytettyyn tekoon nähdä (yritysooppi) tai varsinaiseen tekijään nähden (osallisuusoppi).

¹⁰⁶⁹ Ks. Asp 2005 s. 61–87, joka erittelee erilaisia *etäisyyteen* liittyviä näkökulmia (”avståndsdimension”), joita rikoksen esivaiheisiin liittyy. Teoksen otsikko ”*Från tanke till gärning*” kuvastaa erilaisten rikosoikeudellisesti relevanttien vaiheiden kronologiaa. Toisenlaisena kronologiaan perustuvana jäsenystapana ks. esim. Palo 2010 nimenomaisesti s. 297, joka jaottelee rikollisryhmän toiminnan kronologisesti jatkuvaa ylläpitoa vaativaan ja rikollisryhmän perustamisesta alkavaan *toimintaedellytysten rakentamiseen* sekä pistemäisinä tapahtumina ilmeneviin *yksittäisiin rikoksiin*. Ensimmäinen merkitsee pidempää jatkumoa, jolle jälkimmäiset sijoittuvat.

ajatusta” myöhemmässä vaiheessa. Luonteeltaan salahanke on varsin lähellä kotimaiselle rikosoikeudelle tutumpaa *valmistelua*.¹⁰⁷⁰ Edellisiä ”lähempänä” täytettyä tekoa on *yritys*, josta säädetään yleisellä tasolla RL 5 luvun 1 ja 2 §:ssä. Säännösten perusteella yritys voidaan edelleen jakaa hetkeen, jona yritys alkoi, tekeminen päättyi sekä (pää)rikos lopulta täyttyi. Tähän pisteeseen asti voidaan puhua ”päättymättömästä yrityksestä”. *Täyttyneen rikoksen* osalta voidaan edelleen erottaa rikoksen täyttyminen sekä tätä mahdollisesti ajallisesti vielä seuraava vahinkoseurauksen syntyminen. Yritysoopin kannalta kyse on tässä kohdin jo ”päättyneestä yrityksestä”. ”Päättymättömästä yrityksestä” on RL 5:2:n perusteella mahdollista vielä luopua. Jo ”päättyneen yrityksen” (eli täyttyneen rikoksen) osalta mahdollista on sen sijaan enää niin sanottu tehokas katuminen.

Edellisen perusteella voidaan hahmotella seuraava rikosoikeudellisen tekemisen kronologia:

SALAHANKE → VALMISTELU → YRITYS → TÄYTETTY TEKÖ

Ja edelleen voidaan laatia yhä tarkempia ja yksityiskohtaisempia kartoja. Esimerkiksi varkauden täyttymispiste voidaan rakentaa niin *kontrektatioteorian* (= esineen pelkkä kosketus), *apprehensioteorian* (= irtaimen omaisuuden *ottaminen* anastustarkoituksessa *haltuun*) tai *ablatioteorian* (= vallintaan saatu esine saatu kuljetettua pois ja vietyä ikään kuin turvaan) varaan¹⁰⁷¹. Tai sitten voidaan piirtää jonkin muunlainen kartta.

3.3.2 Myötävaikutus

Erilaisia rikosoikeudellisen osallisuuden muotoja on eritelty jo *tekijyyttä* käsiteltäessä. Erilaisten rikoksen tekijän roolien ohella osallisuusoppia voi lähestyä myös osallisten myötävaikutuksen intensiteetin näkökulmasta. Osallisuudessa onkin kyse juuri siitä, että useampi eri henkilö myötävaikuttaa rikoksen syntymiseen. Kaikkein perifeerisin voimassa olevan kotimaisen rikosoikeuden tuntema osallisuuden muoto lienee *edistäminen*¹⁰⁷². Rikoslain yleisen osan tuntemista osallisuusmuodoista *avunanto* jää ainakin rangaistusarvon varassa lähtökohtaisesti kauimmas itse päärikoksesta. *Yllytyksestä, välillisestä tekemisestä ja rikoskumppanuudesta* sen sijaan rangaistaan lähtökohtaisesti saman asteikon nojalla kuin tekijääkin.

Tältä pohjalta voidaan siis eritellä erilaisiksi myötävaikuttamisen muodoiksi; *edistäminen, avunanto, yllytys, välillinen tekeminen* sekä *rikoskumppanuus*. Kyseisiä osallisuuden muotoja on edellisiä rikoksen vaiheita haastavampaa sijoittaa

¹⁰⁷⁰ Sahavirta 2008 s. 231 ja 237. Sahavirta kehittää väitöskirjassaan *salahanketta* koskevia yleisiä oppeja todeten, ettei asiasta juuri ole kotimaista (tai pohjoismaistakaan) oikeustieteellistä tutkimusta (s. 16 ja 251–265). Common law -oikeuskulttuurin piirissä erilaisilla salahankekriminalisoinneilla on pitkät perinteet, mutta mannermaisisissa oikeusjärjestelmissä niihin on suhtauduttu varsin pidättyvästi (s. 223–225). Salahankkeen asema rikosvastuun perustavana tekemisellä onkin epäselvä. Esim. Sahavirta puhuu sinällään salahankekohteena olevasta ”päärikoksesta” (s. 251), mutta myös salahankeesta ”itsenäisenä tekona, jonka rangaistavuus perustuu olennaisilta osiltaan tahdonmuodostukseen kohdistuvaan moitteeseen” (s. 259). Salahankkeen erilaisista määrittelytavoista ks. myös Palo 2010 s. 321–324 ja 375. Esim. Matikkala 2013 s. 231 alav. 6 ja s. 241–242 toteaa salahankekohteita voitavan pitää valmistelun yhtenä muotona. Rikoksen kronologiseksi vaiheeksi Matikkala erittelee kaiken kaikkiaan: 1) ajatuksen rikoksen tekemisestä, 2) rikosentekopäätöksen, 3) rikoksen suunnittelun, 4) valmistelevat toimenpiteet, 5) täytäntöönpanon aloittamisen ja 6) päättämisen, 7) vahinkoseurauksen syntymisen sekä 8) erilaiset rikoksen jälkeiset toimet. Matikkala korostaa tämän yleiseksi hahmotelmaksi ja eri vaiheiden voivankin eri rikostyypeissä ilmetä hyvin erilaisina ja vaikkapa päällekkäisinä (s. 229).

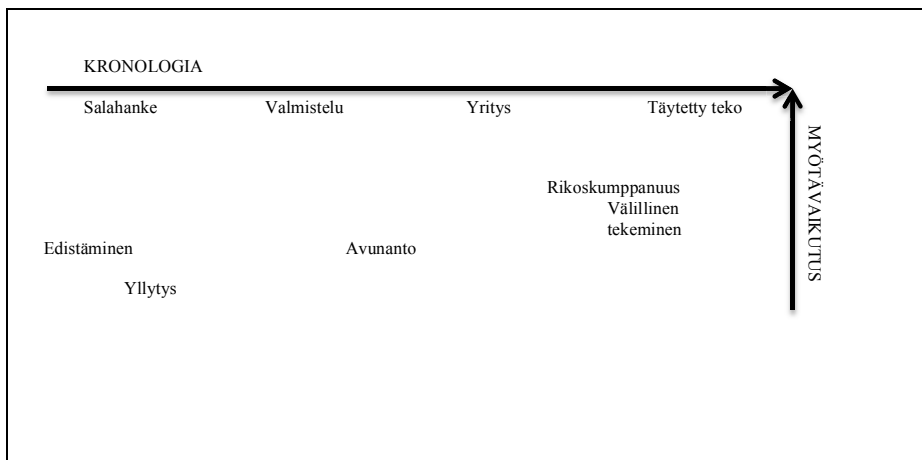
¹⁰⁷¹ Tapani 2010 s. 79. Ks. myös vaikkapa s. 94 erilaisista yhtäältä rangaistavan ja toisaalta kelvottoman yrityksen välisistä rajanvetomalleista.

¹⁰⁷² Esim. Lohse 2012 s. 107 toteaa edistämisen kaikkein perifeerisimmäksi rikosoikeudelliseksi osallisuusmuodoksi, jota etäisempi myötävaikutus jää siis rankaisematta.

jonkinlaiseksi jatkumoksi¹⁰⁷³. Hyvin yleisellä tasolla ”intensiteetin” voitaneen ajatella kasvavan nimenomaan edellisen järjestyksen mukaisesti:

EDISTÄMINEN < AVUNANTO < YLLYTYS < VÄLILLINEN
TEKEMINEN < RIKOSKUMPPANUUS

Kun myötävaikuttamisen intensiteetin perusteella erotellut osallisuusmuodot yhdistetään rikoksen eri vaiheita kuvaavaan kronologiseen janaan, voidaan hahmotella vaikkapa seuraavanlainen kuvaaja erilaisista rikosoikeudellisesti relevanteista tekemisen muodoista:



Edellisten osallisuusoppien ohella voidaan laatia karttoja myös vaikkapa ”vastuun kohdentamisesta”. Esimerkiksi Matti Nissinen jättää yhtiömuotoista toimintaa koskevia vastuukysymyksiä pohtiessaan osallisuussääntelyn nimenomaisesti vähemmälle huomiolle pyrkien sen sijaan integroimaan tutkimuksensa moderneiksi katsomiinsa tuottamus- ja laiminlyöntidoktriineihin. Nissinen nimittääkin tekijäkumppanuutta, yllytystä ja avunantoa koskevaa ”osallisuussääntelyä” tahallisten toimintarikosten ”kohdentamisnormistoksi”.¹⁰⁷⁴ Erityisesti kansainvälisen rikosoikeuden piiristä löytyy mitä erilaisimpia malleja rikosvastuun kohdistamisesta tilanteissa, joissa hyvin laajoja rikoskokonaisuuksia toteuttavat niin ikään hyvin laajat ihmisjoukot; aina karttapöydän ääressä istuvasta sikariportaasta, toiminnan konkreettiset fasilitteetit bajamajoista soppatykkeihin järjestävään keskijohtoon ja edelleen yksittäisiä ihmisiä raiskaavaan tykinruokaan – joka voi muuten verenhimoisen lynkkauspation lisäksi olla alle 18-vuotias lapsi, riippuen toki jälleen kerran siitä, millaisesta näkökulmasta asiaa sattuu katsomaan¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷³ Yksi vaihtoehto erilaisten myötävaikutuksen muotojen järjestämiseksi niin ikään kronologiseen suhteeseen olisi seurata Vilja Hahdon 2004 s. 209–226 väitöskirjassaan hahmottelemaa myötävaikutusmuotojen kronologista tyypittelyä: 1) vahinkotilanteen luominen, 2) psyykkinen aiheuttaminen, 3) konkreettinen aiheuttaminen sekä 4) jälkivahingon aiheuttaminen.

¹⁰⁷⁴ Nissinen 1996 s. 8–11 ja 15. Ks. myös Nissisen suppea esittely kotimaiselle vastuujärjestelmälle vieraammaksi katsomistaan vastuopeista, joita hän nostaa esiin: *yrityksen vastuu, ankan yksilövastuu, ensisijaisen yhteisövastuu* sekä *kollektiivisen rikoskäsitteen* (s. 20–36).

¹⁰⁷⁵ Ks. esim. Satzger 2012 s. 235–243, joka toteaa juuri erilaiset osallisuusmuodot (*perpetration & accessoryship*) hyvin tärkeiksi kansainväliselle rikosoikeudelle. Esim. ns. *Joint Criminal Enterprise* -vastuukäsitteelle merkitsee kansainväliselle rikosoikeudelle tyypillistä monitahoista ja erilaisten ad hoc -tribunaalien ym. alan toimijoiden vähitellen, tapauskohtaisesti, kehittämää mallia, josta esim. Satzger tunnistaa kolme eri muotoa suorittaen erottelun rikosvastuun edellyttämän subjektiivisen tekijän perusteella siten, että: 1) *perusmuoto* (JCE I) edellyttää kaikkien vastuun piirissä olevien toimintaa yhteisen rikollisen tarkoituksen puitteissa, 2) *systeminen muoto* (JCE II) edellyttää tarkoituksen sijaan ainoastaan tietoa siitä systeemistä

Erilaisten rikostekojen tyypittely voidaan suorittaa tietysti myös lukuisista muista näkökulmista, kuin *kronologiasta* tai *myötävaikuttamisesta* lähtien. Esimerkiksi Pekka Koskisen vuoden 1973 väitöskirjassaan suorittamat ja siis konkurrenssiopillisista näkökulmista lähtevät *teko-* tai *rikoskokonaisuuksien* ”pituus”- ja ”poikittaissuuntaiset” erittelyt tulevat monilta osin lähelle etenkin edellistä kronologista jaotteluani. Koskinen hyödyntää tutkimuksessaan edelleen niin Tore Strömbergin kuin Olavi Heinosenkin vanhentumisopillisia jaotteluita, jotka koskevat etenkin tekojen ”pituussuuntaisia” jaksotteluja.¹⁰⁷⁶ Jälleen kerran kyse ei ole minkäänlaisista välttämättömyyksistä, vaan erilaisten näkökohtien varassa laadituista kartoista. Tältä osin on olennaista huomata, että suurin osa kartoista on jälleen piirretty nimenomaan tahallisuudesta käsin. Tämä ei tarkoita, etteikö ajallisella jatkumolla ja erilaisilla henkilörooleilla olisi merkitystä tuottamusarvioinneissa. Ajatusmallien tahallisuuspainotteisuus on kuitenkin syytä pitää mielessä tuottamusta pohdittaessa.

Olen edellä puhunut ”ajallisesta jatkumosta”, ”prosessista”, ”intensiteetistä” ja ”myötävaikutuksesta” yrittäessäni kuvata yleisellä tasolla sitä, miten eri tavoin itse kukin rikoksia *tekee*. Jo sanavalinnat osoittavat, kuinka lähellä ollaan seuraavaksi käsiteltävää teemaa teon suhteesta rikosoikeuden tavalla tai toisella suojaamiin oikeushyviin. Esimerkiksi Claes Lernerstedt on puhunut osallisuusoppien kohdalla ”intensiivisyydestä” nimenomaan suhteessa eri rikostunnusmerkistöjen suojeluintresseihin, ja tarkemmin ottaen niiden loukkaamiseen¹⁰⁷⁷. Tästä loukkaamisesta voi puhua niin ikään jatkumoon ja vaikuttamiseen liittyvin sanankääntein syy-yhteytenä, kausaalisuutena tai vaikka vahinkomekanismina. Oman maisemamallini puitteissa kyse on teon ja oikeushyvien välisestä suhteesta.

3.4 TEON SUHDE OIKEUSHYVIIN

Tekijän subjektiivisista tietämiseen ja/tai tahtomiseen liittyvistä mielentiloista poiketen teko samoin kuin myöhemmin käsiteltävät oikeushyvät merkitsee objektiivisempaa ja siis tavalla tai toisella välittömästi havaittavissa olevaa ulkomaailman seikkaa. Rikoksen on edellä todettu edellyttävän pelkän tekemisen (tai tekemättä jättämisen) ohella sitä, että tällä aiheutetaan jonkinlaista haittaa yhteiskunnassa hyväksytyille intresseille, *oikeushyville*. Teon ja oikeushyvien suhteessa on toisin sanoen kyse ensimmäisen (negatiivisesta) vaikutuksesta jälkimmäisiin. Tätä vaikutusta voidaan kutsua syy-yhteydeksi tai kausaalisuudeksi. Rikosoikeuden piirissä on tapana puhua joko *seurauksesta* tai *vaarasta*.

(organisaatiosta), jonka puitteissa rikoksia tehdään ja lopulta 3) *laajennettu muoto* (JCE III) ulottaa rikosvastuun varsinaisten rikosten täyttymistä tarkoittaneiden tai tästä tietäneiden ohella sen ennalta-arvattavaksi mieltäneisiin, tai niihin, joilla oli halua ottaa asian suhteen riskejä. Satzgerin jaottelu havainnollistaa, kuinka osallisuus ja syyksiluettavuus saattavat helposti etenkin suurempia toimintakokonaisuuksia pohdittaessa kietoutua yhteen. Ks. myös Kimpimäki 2015b erit. s. 738–739, joka katsoo etenkin JCE III -mallissa olevan kyse dolus eventualis -tahallisuudesta jonkinlaisessa tuottamustyyppisessä tilanteessa. Kotimaisen lainopin osalta ks. myös Lohse 2012 s. 82–83 ja 169 sekä Palo 2010 s. 326–330, joka nostaa (järjestäytyneen rikollisryhmän kontekstissa) vastuumuotoina esiin myös ns. *Commander Responsibility* ja *Organisationsherrschaft* -opit.

¹⁰⁷⁶ Koskinen 1973 s. 139–149 ja 175–212. Ks. myös s. 233–241, jossa Koskinen kytkee esityksensä juuri rikoksen esiasteisiin (tässä tapauksessa *yritykseen* ja *valmisteluun*) sekä osallisuusoppiin. Koskinen pitää parempana yksiköidä *tekojen* sijaan nimenomaan *rikosten* lukumääriä, koska vähintäänkin konkurrenssiopillinen tarkastelu joka tapauksessa tapahtuu ensisijaisesti tiettyjen rikostunnusmerkistöjen näkökulmasta. Esim. rangaistusta vaativana perusyksikkönä ei ole teko, vaan tunnusmerkistön edellytykset toteuttava rikos. (s. 183–185, 214 ja 307) Vrt. Stuntz 2001 s. 512–519, joka niin ikään konkurrenssiopillisesta näkökulmasta puhuu rikosoikeuden *leveydestä* ja *syvyydestä* (breadth & depth), mutta viitaten tällä nimenomaan rikosoikeuden laajenemista koskevaan keskusteluun siitä, kuinka rikosoikeus paitsi ulotetaan kokonaan yhä uusille alueille (leveys) myös vanhat alueet tulevat säännellyiksi monin päällekkäisin (ja siis konkurrenssiopillisesti jäsennettävin) rikostunnusmerkistöin (syvyys).

¹⁰⁷⁷ Lernerstedt 2013 s. 259.

Erilaiset syy–seuraus-suhteet ovat perustavanlaatuisen tärkeä asia ihmiselämän ja etenkin *ihmistoiminnan* kannalta. Samalla ne ovat mitä haastavin ja monipuolisin ongelmakenttä, jota voidaan lähestyä mitä moninaisemmin keinoin. Esimerkiksi rikosoikeuden piirissä ei ole saavutettu kovinkaan laajaa yhteisymmärrystä siitä, mitä syy-yhteydellä tulisi ymmärtää. Tämä ei ole järin hämmästyttävää, kun otetaan huomioon, että niin filosofian kuin eri tieteen- ja edelleen oikeudenalojenkin perustavanlaatuiset kausaalisuuden taustalla vallitsevat käsitykset ja tavoitteenasettelut poikkeavat usein huomattavastikin toisistaan ¹⁰⁷⁸. Kausaalisuuskysymyksiä koskevasta yleisemmästä hämmennyksestä pääsee alustavasti kärryille lukemalla vaikkapa Suomen Filosofisen Yhdistyksen aihetta käsitelleen vuosikollokvion pohjalta laaditun kokoelmateoksen *Syy* (2007), jossa yhteensä 28 ainakin jossain määrin filosofiksi tituleerattavaa asiantuntijaa pohtii otsikkoa mitä erilaisimmista näkökulmista ¹⁰⁷⁹. Hämmennyksen voi todeta myös käymällä läpi tuoreet kotimaiset rikosoikeudellisen vastuuopin yleisesitykset, joissa tavaksi on muodostunut korostaa ensin kyseessä olevan *luonnontieteellisen* sijaan *oikeudellinen* syy-yhteys ja esitellä tämän jälkeen erilaisia oikeudellisen kausaalisuuden tilanteita ja niihin paremmin tai huonommin soveltuvia kausaalisuuskäsityksiä ilman edes vakavaa yritystä lausua asiasta jotain kovin tyhjentävää tai absoluuttista totuutta. ¹⁰⁸⁰ Laajin yhteisymmärrys – ainakin käytännöllisemmin suuntautuneiden juristien keskuudessa – näyttäisi vallitsevan siitä,

¹⁰⁷⁸ Ks. esim. Wahlberg 2010, joka peilaa yhtäältä *oikeuden* ja toisaalta (luonnon)tieteen kausaalisuuskäsityksiä toisiinsa. Wahlbergin keskeisenä lähtökohtana on ajatus oikeuden ja tieteen perustavanlaatuisista niin epistemologisista kuin ontologististakin eroista, minkä johdosta hän pyrkii kehittämään erot tunnistavan mallin (the framework of epistemological and ontological differences, ”the EOD Framework”). *Epistemologiset* eroavaisuudet perustuvat paitsi erilaisiin näytötkynnyksiin myös erilaisiin tavoitteisiin ja tehtäviin, joiden valossa tiede yksinkertaisesti pitää tärkeänä toisenlaisia asioita kuin mitä oikeus. *Ontologisissa* eroissa on sen sijaan kyse ennen kaikkea siitä, että oikeuden piirissä maailma jäsennetään erilaisten kategorioiden varaan kuin mitä tieteellä on tapana. (s. 17–27) Esimerkiksi juuri kausaalisuuden osalta oikeus on kiinnostunut ihmistoimintaan liittyvästä retrospektiivisestä tai prospektiivisestä kysymyksestä: *aiheuttiko tietty käytös tietyn vahingon tai mitä tämä käytös aiheuttasi* (s. 71 ja 97–100). Ks. myös esim. Sandra Mitchellin teos *Unsimple Truths* (2009), jossa pohditaan vielä pelkkää kausaalisuutta laajemmassa mittakaavassa tieteellistä metodologiaa ”integratiivisen pluralismin” näkökulmasta. Mitchellin ajatuksena on toisin sanoen luopua yrityksestä selittää kaikki yksillä ja samoilla luonnonlaeilla ja sen sijaan hyväksyä maailman monimutkaisuus myös tieteellisen metodologian tasolla; monimutkaisia asioita on tutkittava monimutkaisin ja monipuolisin välinein. Kaikista tieteentekijöistä ei yksinkertaisesti kannata tehdä uusia Isaac Newtonia. (erit. s. 2–18 ja 84) Vrt. Schultz 2007, joka nimenomaisesti käy etsimään minimalistista, yleistä ja koherenttia kausaliteetin määritelmää ajatuksenaan, ettei kausaalisuuteen liity mitään erityisen monimutkaista (s. 33 ja 37–43). Schultz tietää vallan hyvin tällaisen kaikenkattavan monistisen kertomuksen etsimisen olevan vastoin sitä pluralistis-postmodernia maailmankuvaa, jota Mitchellinkin ajatukset ilmentävät (s. 42–43). Schultzin tutkimuksen osalta on toki huomattava, ettei kyse ole jonkinlaisesta yleistieteellisestä kausaalisuustutkimuksesta, vaan nimenomaan vahingonkorvausoikeuden alueella tapahtuvasta teorianmuodostuksesta. Olen esittänyt kritiikkiä Schultzin teoriaa vastaan toisaalla – tarkoituksenani osoittaa, miksi se ei ole järin hyvä tapa ymmärtää kausaalisuutta rikosoikeuden piirissä – eikä ehkä oikeuden saralla ylipäänsäkään (Rankinen 2018). Hyvin mielenkiintoisena esimerkkinä erilaisia ”tietorakenteita” edustavien ”disipliinien” välisestä vuoropuhelusta ja myös vallanjaosta ks. Lauri Koskenen 2018, joka tutkii juridisen, psykiatrisen, arkijärjisen tai vaikka foucault’laisittain ”näkemyksellisen” ja ”tieteellisen” yms. tiedon roolia mielenterveyden tai -sairauden määrittelyssä 1700- ja 1800-lukujen ranskalaisessa ja englantilaisessa rikosprosessissa.

¹⁰⁷⁹ Esim. Ilkka Niiniluodon mukaan tieteellisen selittämisen paradigma on jo Aristoteleen ajoista ollut ilmiöiden ymmärtäminen juuri niiden *syiden* kautta. Suomen kielessä kyseinen sana juontaa juurensa suomalais-ugrilaisesta kannasta *süje*, joka on alun perin tarkoittanut puun kuitua tai lihaksen säiettä. Kyseisestä konkreettisesta sanasta on jo kantasuomessa abstrahoitunut *syy* merkityksessä ”alkujuonne”, ”aihe” ja ”peruste” sekä verbi ”syyttää” merkityksessä *aiheuttaa*. Näistä Agricolan ja Gananderin tuntemista termeistä on edelleen johdettu liuta rikosoikeudelle hyvinkin keskeisiä sanoja: *syylinen*, *syypää*, *syytön*, *syöttää*, *syyte* ja *syylilistää*. (Niiniluoto 2007 s. 9 ja 229 sekä Aristoteleen syy-käsityksestä tarkemmin Jussi Backman 2007) Kimmo Nuotio huomauttaakin kyseisestä ”syy”-sanaan useissa eri kielissä liitetystä kaksoismerkityksestä; kausaalisien (faktisen) syyn ohella sillä viitataan (normatiiviseen) syypäänä olemiseen. Rikosoikeuden kannalta juuri tämänkaltaisen ajatus ihmisen vastuusta aikaansaamisistaan on aivan keskeinen. (Nuotio 2007 s. 116) Kansainvälisempää perspektiiviä aihepiiriin voi hankkia vaikkapa teoksesta *Causality in the Science* (toim. Phyllis Illari, Federica Russo ja Jon Williamson, Oxford University Press 2011).

¹⁰⁸⁰ Ks. Melander 2016 s. 126–131, Tapani–Tolvanen–Hytönen 2019 s. 231–243 sekä Frände 2012a s. 71–79. Frände on kirjoittajista ylipäänsä ainut, joka sitoutuu nimenomaisesti tiettyyn kausaalisuusteoriaan eli tässä tapauksessa ns. *INUS*-malliin. Muut tyytyvät sen sijaan esittelemään niin *ekvivalenssiteoriaa*, *säännönmukaisten edellytysten teoriaa* kuin *INUS*- ja *NESS-mallejakin* ilman suoranaisen valinnan tekemistä näiden välillä. Tapanille, Tolvaselle ja Hyttiselle ne kaikki tarjoavat välineistöä syy-yhteyden ”perusteiden” pohdintaan. Melander sen sijaan kyseenalaistaa teorioiden tarpeellisuuden käytännön rikoslainkäytön kannalta ottaen lopuksi vielä esille perinteisen ennakoitavuuteen perustuvan arviointitavan ja muistuttaen tervejärjisen *common sense* -arvioinnin sekä vaikkapa mahdollisesti tarjolla olevien lääketieteellisten todennäköisyssarvioiden usein riittävän. Sinällään Melander toki myöntää kausaalisuusteorioilla olevan ”pedagogista” ja ”analyttistä” arvoa – mitä tällä sitten ikinä tarkoitakaan...

ettei aiheita ole syytä juuri pohtia. Valtaosa juristikunnasta ratkaisee tavalla tai toisella päivittäin enemmän tai vähemmän kausaalisuuteen liittyviä juridisia ongelmia tietämättä tuon taivaallista aiheeseen liittyvistä (tieteen)filosofisista näkökohdista. Lisäksi löytyy myös käytännöllisesti suuntautuneita lainoppineita, jotka ratkaisevat syy-yhteyksysymyksiä maalaisjärjen sijaan analyyttis-empiiristen malliensa avulla – oman näkemykseni mukaan edelleen kuitenkin liiemmin piittaamatta asiaa koskevista (tieteen)filosofisista näkökohdista¹⁰⁸¹.

Rikosoikeuden kannalta kiusallinen ongelma on tietysti se, että syy-yhteyksysymykset ovat tavalla tai toisella läsnä vähintäänkin jokaisessa syyksi lukevassa rikostuomiossa. Teon ja oikeushyvän välinen suhde on jo vallitsevien kriminalisointiteorioiden valossa rikosvastuun kannalta perustavanlaatuinen – eikä asiaan vaikuta se, kuinka hyvin rikosoikeuden harjoittajat ovat perillä syy-yhteyksiin liittyvistä pohjattoman vaikeista kysymyksistä.¹⁰⁸²

Ratkaisemattomien ongelmien edessä tässäkin tutkimuksessa jo aiemmin hyväksi havaittuna mallina voidaan keskustelu kääntää ylimalkaisemmalle, metaforisemmalle ja myös intuitiivisemmalle tasolle. Esimerkiksi käy George Fletcherin kuvaus kausaalisuudesta puron kaltaisena voimana, johon sekoittuu ajan kuluessa suurempia ja pienempiä sivuhaaroja, ja joka lopulta kadottaa voimansa hiekkiaan. Fletcher puhuu myös kausaalienergiasta, joka vaihtelee erilaisten tekojen osalta muun muassa sen perusteella, kuinka paljon niiden tekijä kulloinkin sisällyttää niihin persoonallisuuttaan.¹⁰⁸³ Hieman mielikuvituksettomampana metaforana on usein puhuttu ”kausaliiketjuista”, jotka voivat koostua useista osatekijöistä ja myös joltain kohdin katketa. Esimerkiksi Nils Jareborg erottaa kausaliiketjut ja kausaalilinjat viitaten jälkimmäisillä esimerkiksi laiminlyöntitilanteiden edellyttämien kontrafaktuaalisten ajatuskulkujen kautta hahmoteltuihin ”hypoteettisiin kausaliiketjuihin”.¹⁰⁸⁴ Lienee selvää, etteivät kausaalisuuskysymykset ratkea edellisillä ”pseudo-tieteellisillä” metaforilla¹⁰⁸⁵ juuri arkijärkeä paremmin. Metaforien

¹⁰⁸¹ Innokkaimmin tällaista näkemystä on tuoreemman kotimaisen rikoslainopin saralla markkinoinut Heli Korkka (ks. Korkka 2015 erit. s. 85–149, Korkka 2016, Korkka 2019a sekä Korkka 2019b, jossa Korkka nimenomaisesti toteaa lähestymistavakseen ”pragmaattisiin ratkaisuihin tähtäävän syy-yhteystudiuksen” (s. 184)). Vähemmän pragmaattista, mutta yhtälailla analyyttis-empiiristä linjaa edustavat Frände 2012a s. 71–79 ja myös Frände 1994b s. 32–39 sekä Schultz 2007, joista jälkimmäisen teorian myös Korkan NESS-kantaa puoltava näkemys ymmärtääkseni pitkälti perustuu. Filosofista silmää Frände ja Schultz edustavat siinä, että kumpikin tuo suhteellisen avoimesti esiin myös omien kausaalmalliensa (Frändellä INUS, Schultzilla NESS) selvät ongelmakohdat (Schultzin osalta erit. s. 443–445, 535, 538, 548 ja 570 sekä myös 334–340, jossa tämä myöntää teorian haavoittuvuuden manipuloinnille). Schultzin osalta on tosin käsittämätöntä, että hänen edustaman ”faktisen” kausaalisuudenmallin kannalta kaikkein kiusallisimmat laiminlyönnillä aiheuttamisen tilanteet on siivottu väitöskirjassa erilliselle ”lisälehdele”.... Omasta edellisistä kohtaan kriittisestä näkemyksestäni tarkemmin ks. Rankinen 2018. Kotimaisesta keskustelusta ks. myös Hyttinen 2015 s. 355–358, joka jonkinlaisesta filosofisesta valvutuneisuudesta huolimatta näyttäisi ottavan INUS-mallin melko lailla annettuna (siis juuri pohtimattakaan muita mahdollisuuksia). Tältä osin on huomattava syy-seuraus-suhteiden jäävän Hyttisen esityksessä lopulta jonkinlaiseksi sivujuonteeksi.

¹⁰⁸² Sama pätee tietysti moneen muuhunkin oikeudenalaan. Esim. Schultz 2007 s. 27–31, 174 ja 507 toteaa kausaalisuuden vahingonkorvausoikeuden tärkeimmäksi osaksi ja koko oikeudenalan selkärangaksi, mutta samalla oikeudenalan epäselvimmäksi käsitteeksi. Todettakoon, että vahingonkorvausoikeuden saralla vaikkapa Ståhlberg–Karhu 2013 s. 357–359 esittämä syy-yhteyden arviointimalli on huomattavasti lähempänä sitä, mitä itse pidän kestäväenä. Ståhlberg ja Karhu rakentavan mallinsa nimenomaisesti täsmällisten sääntöjen sijaan erilaisten harkintaa ohjaavien periaatteiden ja näkökohtien varaan. Lisäksi he toteavat selväksi, etteivät luonnon- ja yhteiskuntatieteelliselle tutkimukselle ominaiset päättelyn keinot voi tarjota joka tilanteeseen kelpaavaa ”patenttiratkaisua”, eikä kohtuulliseen ja vahingonkorvausoikeuden tavoitteita palvelemaan riskinjakoon voida päätyä pelkkään tieteelliseen tietoon nojautumalla, vaan tämän ohella edellytetään myös yhteiskuntaa tyydyttävän oikeudenmukaisuuden tajuamista (s. 339). Lisäksi kirjoittajat painottavat syy-yhteysvaikutuksen olevan monin tavoin yhteydessä tuottamusarviointiin siten, että esim. teon edustama moitittavuus vaikuttaa syy-yhteyden ulottuvuuteen (s. 367–368 ja 388). Syy-yhteyden ja tuottamuksen käsitteiden voimakkaan sidonnaisuuden osalta kirjoittajat viittaavat nimenomaan rikosoikeuteen (s. 349).

¹⁰⁸³ Fletcher 1998 s. 64–66 ja 68.

¹⁰⁸⁴ Nils Jareborg 2001 s. 155. Kausaliiketjujen ja -linjojen sijaan voidaan puhua myös vaikkapa kausaalisuuden kannalta operatiivisista ja relevanteista faktoista (esim. Randolph Clarke 2014 kappale 2.8).

¹⁰⁸⁵ Tällaisiksi ”kausaliiketjujen” tai vaikkapa ”syryttävän kausaalisuuden” kaltaisia käsitteitä luonnehtii esim. Jane Stapleton 2001 s. 969.

etuna on toki se, etteivät ne luullakseni ole omiaan tuudittamaan käyttäjänsä samanlaiseen illuusioon syy-yhteyskysymysten helpoudesta tai merkityksettömyydestä kuin sokea *common sense* -ajatteluun – tai usein pikemminkin ajattelemattomuuteen – uskominen.

Yritän nyt kuitenkin seuraavaksi jäsentää rikosoikeudellisen syy-yhteyden kartoja hieman pelkkiä metaforia täsmällisemmin. Teen tämän täysin tietoisena siitä, ettei minulla ole tiedossani minkäänlaista yleispätevää kausaalisuuden arvioimisen tapaa. Sen sijaan tutkimukseni on lopulta yritys irrottautua tällaisen etsimisestä ja rakentaa rikosoikeudellinen ajattelu sellaisten seikkojen varaan, joiden saralla minua paljon viisaammat eivät olisi jo moneen kertaan hakanneet päättään seinään.

Syy-yhteydestä puhuttaessa saattaa joku huomauttaa, ettei koko kysymyksellä ole relevanssia kuin vain niin sanottujen seurausrikosten osalta, eli siis tilanteissa, joissa rikosvastuu edellyttää jonkinlaisen tosiasiallisen *seurauksen* syntymistä. Pelkästään tällaisen seurauksen mahdollisuutta edellyttäviä tunnusmerkistöjä tulisi sen sijaan tarkastella kausaalisuuden sijaan *vaaran* käsitteen kautta. Tämä lienee ilman muuta totta, jos haluaa ymmärtää syy-yhteyden teon ja konkreettisen vahingon väliseksi suhteeksi. Itse ymmärrän sen sijaan syy-yhteyden teon ja rikosoikeusjärjestelmän suojeleman intressin eli oikeushyvän väliseksi suhteeksi, jossa tarkemmin sanottuna teko tavalla tai toisella merkitsee negatiivista vaikutusta oikeushyvälle – heikentää sitä. Tämä ”arvonvähennys” voi olla luonteeltaan niin tosiasiallista kuin hypoteettistakin¹⁰⁸⁶. Katson toisin sanoen, että myös oikeushyvän saattaminen jonkinlaiseen vaaraan merkitsee sen kannalta negatiivista arvonvähennystä. Tämä johtaa siihen, ettei seurauksen ja vaaran väliselle rajanvedolle jää esityksessäni ratkaisevaa merkitystä syy-yhteyden pohtimisen osalta. Tekijä voi teollaan *aiheuttaa* konkreettisten seurausten ohella tai niiden sijaan myös erinäisiä vaaroja. En katso aiheelliseksi tehdä syy-yhteyden osalta eroa sille, puhutaanko seurauksen vai vaaran aiheuttamisesta. Ymmärrän siis ”vaarantamisella” *vaaran aiheuttamista*. Tätä kautta niin seuraus- kuin vaarantamisrikostenkin ymmärtäminen edellyttää jonkinlaista käsitystä syy-yhteydestä¹⁰⁸⁷.

Rikosoikeudellisesti relevantti teko voi vaikuttaa suojeltuun oikeushyvään neljällä eri tavalla. *Ensinnäkin* se voi aiheuttaa oikeushyvälle konkreettista vahinkoa, jolloin on tapana puhua seuraus- tai loukkaamisrikoksista. *Toiseksi* se voi aiheuttaa oikeushyvälle konkreettista vaaraa. Molemmissa tapauksissa on osoitettavissa todellinen ”kausaliiketu”, jonka puitteissa teosta aiheutuu joko loukkaus tai sellaisen

¹⁰⁸⁶ Vahingosta todellisenä tai hypoteettisena arvonvähennyksenä (*värdeminskning*) puhuu myös Frände 1994b s. 24. Myöhemmin Frände on myös puhunut ”negatiivisesta suhteesta” ja ”oikeushyvän asettamisesta negatiivisen vaikutuksen alaiseksi” sekä todennut lisäksi vaarantamisrikoksen loukkaavan varsinaisia suojeluintressejään yleisluonteisempia intressejä kuten yhteiskunnan yleistä järjestystä ja turvallisuutta (Frände 2012a s. 62 ja 64). Ks. myös Nuutila 1997b s. 100, joka huomauttaa vahinkoseurauksen ”aiheuttamisen” kriminalisoimisen oikeastaan mielettömäksi, koska ainoa asia mihin tekijä voi itse lopulta vaikuttaa on hänen oman toimintansa vaarallisuus. Vrt. Tolvanen 1999 s. 186, joka sitoo abstraktin (ja myös presumoidun) vaarantamisen ihmisten tavallisiin odotuksiin ja varmuuteen.

¹⁰⁸⁷ Samaan tapaan niin Frände 1994b s. 32 kuin Nuotikin 1998 s. 134, 363 ja 365 ovat omissa vaarantamista koskevissa tutkimuksissaan painottaneet *vaaran* käsitteen ymmärtämisen edellyttävän *kausalisuuden* käsitteen (tydyttävää) ymmärtämistä. Väitöskirjansa otsikon mukaisesti Nuotio toteaaakin juuri *teon*, *vaaran* ja *seurauksen* keskeisimmiksi rikosoikeudellisen syyksilukemisen kohteiksi. Nuotio katsoo nimenomaan vaaran käsitteen siksi normatiiviseksi periaatteeksi, joka modernissa elämässä (rikosoikeus mukaan lukien) yhdistää teon ja sen mahdolliset seuraukset; rikosoikeudellinen arviointi kohdistuu tekijän *ex ante* -näkökulmasta tehtyyn arvioon tekosa seurauksista, jolloin teon mahdolliset todelliset vaikutukset tulevat arvioiduiksi vaaroina, mahdollisuuksina ja riskeinä (Nuotio 1998 s. 2 ja 134). Ks. myös Frände 2012a s. 61, jossa vaarantamisrikosten systematiikan kannalta todetaan rationaalisemmaksi lähteä teko- ja seurausrikosten erottelun sijaan liikkeelle niistä eri tavoista, joilla teossa hyökätään tiettyä rikosoikeudellisesti suojeltua intressiä (oikeushyvää) vastaan.

vaara.¹⁰⁸⁸ *Kolmas* oikeushyvään vaikuttamisen tapa on sen abstrakti vaarantaminen. Tällöin ei voida puhua todellisesta vaarasta, vaan ainoastaan siitä, että teko ”oli omiaan” tällaista aiheuttamaan. Ari-Matti Nuutila on osuvasti huomauttanut, että konkreettisen vaarantamisen kohdalla on luontevaa puhua *oikeudellisesti suojatun edun vaarantumisesta*, mutta abstraktin vaarantamisen kohdalla sen sijaan *teon vaarallisuudesta*¹⁰⁸⁹. Neljäs ja viimeinen tapa järjestää teon ja sen heikentämän oikeushyvän suhde on puhua presumoidusta vaarasta, jossa niin konkreettisen kuin abstraktinkaan vaaran olemassaoloa ei tarvitse lainkaan tutkia. Kyse on nimenomaisesti presumtiosta, jossa vaarantamista ja kausaalisuutta koskeva harkinta jää lähtökohtaisesti lainsäätäjän vastuulle. Tältä osin voidaan puhua ”puhtaista” tekorikoksista, joissa siis lainsoveltajan kannalta pelkän teon tarkastelu riittää.

Niin lainopillisten kannanottojen kuin tuoreen oikeuskäytännönkin valossa presumtiota ei tule kuitenkaan ymmärtää ehdottomaksi. Esimerkiksi Matti Tolvanen esitti jo vuoden 1999 väitöskirjassaan, ettei kriminalisoinnin muodossa tehtyä presumptiota tietyn teon vaarallisuudesta tulisi ymmärtää täysin kumoamattomaksi, vaan että tällainen saattaisi tulla ”*atyypisissä*” lainsoveltamistilanteissa kyseeseen. Tolvanen kuitenkin painotti, ettei presumoidulle vaaralle rakentuvaa tunnusmerkistöä voisi jättää soveltamatta *pelkästään* sillä perusteella, ettei yksittäistapauksessa teko ollut omiaan aiheuttamaan vaaraa toisen turvallisuudelle.¹⁰⁹⁰ Korkein oikeus on ratkaisussaan 2016:42 jättänyt soveltamatta kaiketi klassisinta kotimaista presumoidun vaaran varaan rakennettua RL 23:3:n rattijuopumus kriminalisointia sillä perusteella, ettei vastaajan verestä ajon jälkeen todetulla karboksitetrahydrokannabinolilla ollut vaikutusta ajokykyyn. Kyse on ”*atyypisen*” sijaan hyvinkin tyypillisestä rattijuopumussäännöksen soveltamistilanteesta, jossa kuljettajan verestä löytyy ajon jälkeen kannabiksen vaikuttavan aineen eli tetrahydrokannabinolin aineenvaihduntatuotetta. Rikostunnusmerkistön selvä sanamuoto ei edellytä tältä osin minkäänlaista vaikutusta, vaan ainoastaan kyseisen aineen olemassaoloa autoilijan veressä. Korkeimman oikeuden niin lain selvän sanamuodon, hieman vähemmän selvien esitöiden kuin tuolloin vielä vakiintuneen oikeuskäytännönkin kanssa ristiriidassa olevaa kantaa voidaan pitää aivan hyvin perusteltuna. Ennen kaikkea ratkaisun säännöksen tarkoituksen ja suojeltavien oikeushyvien ympärille kiertyvää argumentaatiota (erityisesti kohdat 15 ja 19) voidaan pitää osoituksena siitä, että niin sanotun presumoidun vaarankin varaan rakentuvien tekorikosten taustalla on oltava yleisten kriminalisointiperiaatteidenkin edellyttämä linkki teon ja oikeushyvien välillä. Presumoitu vaara onkin lopulta eräänlainen oikeudellinen fiktio. Se on kuitenkin tarpeellinen, koska ilman sitä jo esitetty oikeushyvien suojelua koskeva kriminalisointiperiaate ei täyttyisi.¹⁰⁹¹

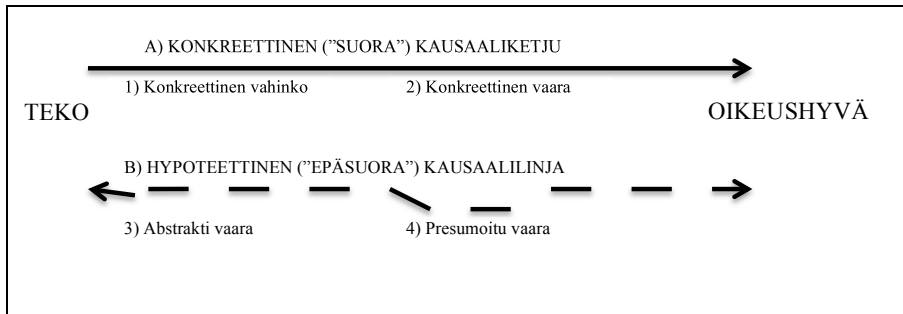
¹⁰⁸⁸ Esim. Nuotio 1998 s. 379 puhuu sekä konkreettisista vaarantamiskokseista että varsinaisista (oikeushyvän) loukkaamiskokseista *seurausrikoksina*.

¹⁰⁸⁹ Nuutila 1997b s. 102 ja 105.

¹⁰⁹⁰ Tolvanen 1999 s. 259–260 ja 423–424. Ks. myös Nuutila 1997b s. 91–92. Vrt. esim. Lohse 2012 s. 171, joka sen sijaan toteaa presumoidun vaaran kumoamattomaksi ilman, että vaarallisuuden oletus siis olisi mitätöitävissä teon vaarattomuutta koskevalla vastanäytöllä. Lohse viittaa kantansa tueksi asiaa koskeviin kahdessa oppikirjassa esitettyihin ylimalkaisiin lausumiin (Frände 2012a s. 64 ja Tapani–Tolvanen 2008 s. 194) sekä Nuotion väitöskirjassaan esittämään kantaan (Nuotio 1998 s. 355). Tältä osin on huomattava, että jos Nuotion teosta jaksaa lukea vielä sivulle 362 asti, tulee huomanneeksi, ettei Nuotio suinkaan esitä vaarapresumtiota kumoamattomaksi, vaan problematisoi koko tilanteen todeten mahdolliseksi, että presumption uskottavuus saattaisi joissain tilanteissa lakata aivan yleisellään (eikä siis vain yksittäistapauksellisella) tasolla. Lopulta presumoitu vaara on Nuotiolle abstraktin vaaran äärimmäinen muoto; abstraktia vaarantamista, jossa vaarantamisvaatimusta ei ole lainkaan kirjattu tunnusmerkistöön (s. 408). Lohsen kannalle löytyy sen sijaan tukea vaikkapa Pekka Koskiselta 1984 s. 1122, joka on nimenomaisesti hyväksynyt ”kumoamattomien presumtioiden” mahdollisuuden.

¹⁰⁹¹ Presumoidun vaaran fiktiivisestä luonteesta, joka näyttäytyy oikeushyvien suojelemisen kannalta yhtä aikaa tarpeellisena, mutta epäilyttävänä ks. esim. Nuotio 1998 s. 355–356. Myös Frände painottaa presumoituun vaaraan perustuvien rikostunnusmerkistöjen taustalle ajateltavaa jonkinlaista kausaalista suhdetta kriminalisoinnin taustalla olevaan oikeushyvään.

Näin teon ja oikeushyvän välisen suhteen osalta voidaan hahmotella seuraavanlainen rikosoikeudellista syy-yhteyttä kuvaava kartta:



1 ja 2 osalta voidaan ajatella teon aiheuttaneen jotain konkreettista: joko vahingon tai sellaisen vaaran. 3 ja 4 osalta kyse on pikemminkin siitä, että jotain olisi voinut aiheutua. Totuttuun tapaan tarkat rajanvedot ovat vaikeita ja enemmän tai vähemmän mielivaltaisia. Yhtä hyvin voisi sanoa myös konkreettisen vaaran merkitsevän konkreettisen aiheutumisen sijaan vain sellaisen mahdollisuutta. Tai yhtä hyvin voisi kysyä, eikö myös abstrakti vaara edellytä jonkin konkreettisen (eli konkreettisen vahingon yleisen mahdollisuuden) aiheutumista. Tähän en osaa vastata muuta kuin, että edellä hahmoteltu oma karttani on rakennettu varsin vakiintuneesti kotimaisessa rikoslainopissa omaksutun nelijaon (seuraus sekä konkreettinen, abstrakti ja presumoitu vaara) sekä hieman vähemmän vakiintuneen konkreettisen ja hypoteettisen välisen erottelun varaan. On selvää, että karttoja voi taaskin laatia monenlaisia¹⁰⁹²!

3.5 OIKEUSHYVÄT

Rikosoikeuden maiseman viimeinen osatekijä ovat oikeushyvät eli jonkinlaiset intressit, joita rikosoikeus ylipäänsä ja rikosoikeudelliset vastuuoipit sen osa-alueena suojaavat. Rikosoikeus ei saa jäädä siinä mielessä yhteiskunnan kannalta merkityksettömäksi puuhasteluksi, etteikö se voisi tavalla tai toisella tuottaa (tai ainakin suojata) jotain hyvää. Kuten myöhemmin tullaan huomaamaan, on nimenomaan oikeushyvien rooli korostunut kotimaisessa ja etenkin 1900-luvun loppupuolelta alkaen funktionaalis-utilitaristisesti painottuneessa rikosoikeudessaamme. Tämä näkyy oikeushyviä koskevassa keskustelussa sikäli, ettei

Tällainen sisällöllinen kriteeri on Fränden mukaan oltava – muuten rikosoikeudessa olisi hänen mukaansa kyse ihmiskunnan suurimmasta erehdyksestä! (Frände 1994b s. 22–23) – Eli rikosoikeuden käyttämisestä ilman edes pyrkimystä jonkinlaisten yhteiskunnallisten arvojen turvaamiseen ja rankaisemisen kohdistamiseen vain ja ainoastaan *haitalliseen* käyttäytymiseen. Sinällään Frände ei esityksessään kuitenkaan tällaista (hyvin vaikeasti tavoitettavaa) sisällöllistä kriteeriä etsi, vaan rajoittaa tarkastelun tältä osin muodolliseen puoleen (s. 28). Myöhemmin Frände näyttäisi sitoneen kyseisen kausaalisuhteen oikeushyvään kohdistuvaan arvovähennykseen (Frände 2012a s. 62 ja 64). Vrt. esim. Tapani 2010 s. 34–36, joka pitää arvovähennys-perustelua vaikeana ja esittää Urs Kindhäuseria mukaillen faktisen syy–seuraus-suhteen sijaan normiteoreettisen ajatusketjun, jossa oikeushyvän välillinen suojaaminen perustellaan sillä, että abstraktiin (tai presumoituu) vaaraan perustuva rangaistussäännös turvaa tietyn käyttäytymisnormin noudattamista ja kyseinen käyttäytymisnormi (tai oikeammin sen noudattaminen) suojelee puolestaan välittömästi oikeushyvä. Tapani yhdistää kuvaamansa "mekanismin" edelleen yhteiskuntaelämän taustalla vaikuttaviin *vastavuoroisiin odotuksiin*; abstraktiset vaarantamisrikokset välittävät kansalaisille varmuuden siitä, ettei heidän henkeään ja terveyttään saa vaarantaa sääntöjä rikkomalla. En ole lainkaan vakuuttunut, että tämä olisi jotenkin helpompi perustelumalli, kuin vaikkapa Fränden kausaalisuuteen sidottu arvonalentuminen...

¹⁰⁹² Jos *kausalisuuden* käsite on vaikea, lienee *vaaran* käsite vielä vaikeampi – jo siksi, että se perustuu käsitykseen kausaalisuudesta! Nimenomaan vaara-käsitteistön monimutkaisuudesta käy hyväksi esimerkiksi Laasanen 2004 s. 338–346 sekä 378. Hyvän esimerkin muodostaa myös jo monessa kohdin käsittelemäni Nuotion väitöskirja sekä sitä koskeva vastaväittäjä Fränden lausunto, josta ilmenee, etteivät maan johtavat vaarantamisrikosten tutkijatkaan välttämättä aina edes ymmärrä, mitä toinen abstraktia ja konkreettista vaaraa erottaessaan tarkoittaa! (Frände 1998 erit. s. 682)

asiasta ole oikein mahdollista sanoa juuri äskeistä enempää mitään yleispätevää. Oikeushyviä koskevia käsityksiä on niin paljon ja toisistaan niin poikkeavia, että rikosoikeuden maiseman osalta tyydyn vain toteamaan, että rikokseen on liittyttävä aina jonkinlainen tavalla tai toisella oikeusjärjestelmän kannalta haitallinen elementti. Itse asiassa uskoisin jo pelkän *oikeushyvän* käsitteen nostattavan asian tiimoilta vastarintaa. Tarkoitukseni ei ole sen osalta sitoutua esimerkiksi saksalaisiin *Rechtsgut*-oppeihin. Jokin sana nyt vain oli valittava kuvaamaan rikosoikeudellisen maiseman tätä aluetta. Se olisi voinut hyvin olla myös vaikkapa Lernestedtin käyttämä ”intressi”. Olen valinnut sanaksi oikeushyvän tarkoituksenani painottaen, että kyse ei ole mistä ja kenen tahansa intresseistä, vaan jostain, mikä nauttii nimenomaan (rikos)oikeusjärjestelmän suojaa. Lisäksi ”intressit” sisältävät sellaisen pinnallis-utilitaristisen konnotaation, jollaista käsitteeseen ”hyvä” ei ainakaan omassa mielenmaisemassani sisälly¹⁰⁹³. Tämä lienee toki tyystin subjektiivinen asia. Enempää sanavalintojani selittelemättä yritän seuraavaksi hahmotella aihetta koskevia kartoja. Edellä mainituin tavoin tämä osoittautuu vaikeaksi tehtäväksi.

Yksi kotimaisen rikoslainopin suuri kartanpiirtohanke viimeistään 1990-luvulta lähtien on ollut rikosoikeuden suojaamien oikeushyvien sekä perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän tunnustamien oikeuksien yhteensovittaminen¹⁰⁹⁴. Kuten olen edellä jo kuvannut, erityisesti Ari-Matti Nuutilan ja Matti Tolvasen väitöskirjat merkitsivät alkutahtea tälle hankkeelle. Ajatus rikosoikeusjärjestelmän sekä perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän integroimisesta suojeltavien oikeushyvien kautta yhdeksi kokonaisuudeksi on ilman muuta houkutteleva. Ongelmana on se, ettei rikosoikeusjärjestelmää ole rakennettu perusoikeus- ja ihmisoikeussäännöksiä ajatellen, eivätkä kaikki rikosoikeudessa esiintyvät ”hyvät” ole palautettavissa ainakaan kovinkaan suoranaisesti positiivisiin perus- ja ihmisoikeussäännöksiin. Kyse ei ole siitä, etteikö mitä tahansa ajateltavissa olevaa rikosoikeudellisesti relevanttia intressiä tai arvoa periaatteessa olisi mahdollista palauttaa abstrakteihin, joustaviin ja suoranaisesti ”eläviin” perus- ja ihmisoikeussäännöksiin. Kyse on siitä, että kaiken mahdollisen löytäminen perus- ja ihmisoikeussäännöksistä tuhoaisi lopullisesti niiden luonteen *säännöksinä* – eli edes jossain määrin täsmällisinä.

Jo pelkästään rikoslain erityisen osan tunnusmerkistöjen erinäisiltä loukkauksilta suojaamiksi ”hyviksi” on löydettävissä mitä mielenkiintoisimpia vaihtoehtoja. Viimeaikaisen kotimaisen keskustelun osalta voidaan mainita ”tietojenkäsittelyrauha” (*pax computationis*) niin sanottujen kyberrikosten oikeushyvinä¹⁰⁹⁵ sekä ”eläinten hyvinvointi” tai ”ihmisen moraaliset odotukset eläinten hyvästä kohtelusta” eläinsuojelurikosten ja ”metsästyksen hyvät käytänteet” metsästysrikosten taustalla vaikuttavina oikeushyvinä¹⁰⁹⁶. Esimerkiksi Essi Kinnunen ei ole nähnyt

¹⁰⁹³ Katson ”hyvän” pitävän tässä kohdin sisällään niin erilaiset *intressit* kuin *arvotkin*.

¹⁰⁹⁴ Esim. Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 s. 88 puhuvat rikosoikeuden suojaamien oikeushyvien ”ankkuroimisesta” perus- ja ihmisoikeuksiin, mitä katsovat perusoikeus- ja rikosoikeusjärjestelmien yhteismitallisuuden edellyttävän. Se, mitä tämä ”ankkurointi” tarkoittaa ottaen tarkoittoa jää kuitenkin varsin epäselväksi. Kirjoittajat eivät esim. sinällään näe ongelmaksi sellaisen seikan kuin ”painava yhteiskunnallinen intressi” käyttämistä kriminalisointiperusteena – korostaen kuitenkin jo oikeushyväopin pakottavan tältä osin perustelevaan, mikä tekee kulloinkin väitetystä yhteiskunnallisesta intressistä juuri rikosoikeudellisesti relevantin (s. 91).

¹⁰⁹⁵ Nevalainen 2019. Tietojenkäsittelyrauhalla Nevalainen ymmärtää edelleen kokonaisuutta, joka muodostuu kolmesta osasta: 1) tietojärjestelmän tai datan luottamuksellisuudesta (confidentiality), 2) eheydestä (integrity) sekä 3) käytettävyydestä (availability). Aivan vastaava ajatuskulku löytyy jo HE 4/1999 s. 4. Esim. HE 94/1993 s. 155 puhuu ”tietokonerauhasta”.

¹⁰⁹⁶ Ratamäki–Tolvanen 2018 s. 177. Sen sijaan Leila Suvantolan ehdottamaa ”reilua metsästästä” Ratamäki ja Tolvanen pitävät turhan väljänä oikeushyvän määritelmänä. Itseni on vaikea nähdä, missä määrin se nyt enää olisi määritelmänä vaikkapa ”metsästyksen hyviä käytänteitä” ainakaan mitenkään perustavanlaatuisemmalla tavalla väljempi. Ks. myös Kurki 2018 s. 483–485, joka epäilee eläinsuojelurikosten suojelevan vain yleisiä moraalisia tunteita viitaten epäilynsä osalta edellisestä poikkeavaan eläinten tuntoisuuteen eli kykyyn omata kokemus maailmasta ja tuntea näin niin kärsimystä kuin mielihyvääkin. En itse ole koskaan oikein ymmärtänyt, mitä tämänkaltaisilla oikeusteoreettisilla tai -filosofisillakaan pyörittelyillä lopulta saavutetaan.

ylitsepääsemättömiä esteitä sille, että dopingrikosten taustalle voitaisiin konstruoida oikeushyvänä ”urheilun reiluus tai eettisyys”¹⁰⁹⁷. Havainnollisen esimerkin rikosoikeudellisten suojelukohteiden erittelystä tarjoaa vuoden 2010 väitöskirjassaan Mårten Knuts, joka havainnollistaakseen teleologisen tulkintametodin häilyvyyttä johtaa pelkästään sisäpiirikaupoista ja markkinoiden manipuloinnista annetusta direktiivistä (2003/6/EY) lukuisia – ja sinällään hyvin argumentoituja – mahdollisia suojelukohteita silloiselle markkinoiden vääristämisestä koskeneelle RL 51:3:n kriminalisoinnille¹⁰⁹⁸. Erilaisten oikeushyvien ja ylipäänsäkin rikosoikeudellisten tavoitteenasetteluiden täsmällisyys hajoaakin lopullisesti siirryttäessä kansainväliselle tasolle. Ääriesimerkkinä toimivat kansainväliseen tapaoikeuteen perustuvat ”kansainoikeusrikokset”, jotka kohdistuvat *koko ihmisyyteen* – mitä kansainvälinen yhteisö tällä sitten milloinkin tarkoittaakaan. Erityisen mielenkiintoiseksi juuri ”kansainoikeusrikosten” kohdalla tilanteen tekee se, että säädännäisen oikeuden puuttuessa rikosten määritelmät perustuvat lopulta nimenomaan niiden suojeluobjektien luonteeseen.¹⁰⁹⁹ Tilanne ei ole myöskään säädöksiin perustuvien ”maailmanrikosten” kohdalla juuri sen täsmällisempi. Esimerkiksi Rooman perussäännön johdanto-osassa puhutaan kansainvälisen rikostuomioistuimen toimivaltaan kuuluvien rikosten luonteesta muun ohella ”maailmanrauhaa” uhkaavina tekoina. Kotimaisen rikoslain osalta RL 11:3 kriminalisoi jo otsikkonsa mukaisesti rikoksen ”ihmisyyttä” vastaan. Esimerkiksi Sakari Melander on pyrkinyt täsmentämään RL 11 luvun suojelemiksi oikeushyviksi sen sijaan ”ihmisarvon”, jolla katsoo olevan vakiintuneempi (ja siis oikeudellinen) asema kansainvälisten ihmisoikeussopimusten tausta-arvona¹¹⁰⁰.

Ongelmana on se, että mitä erilaisimpia oikeushyviä – tai ylipäänsä tavoittelemisen arvoisia ja mukavia asioita – voidaan järjestellä mitä erilaisimmiksi järjestelmiksi. Oikeushyvistä voidaan laatia erilaisia karttoja ja oppeja. Hyvin usein nämä kehittelmät jäävät kuitenkin varsin ylimalkaisiksi. Esimerkiksi Merita Huomo-Kettunen toteaa tupakkakriminalisointeja tarkastellessaan, ettei niiden suojeluintressinä ole ”välittömästi” yksilöiden terveys tai henki, vaan kollektiiviset intressit, tarkemmin ottaen *väestön terveyden edistäminen*. Tämä ei tarkoita, etteikö

Uskoakseni kysymys eläinten ”oikeuksista” palautuu lopulta arvovalintaan siitä, *miten eläimiin suhtaudumme*. Halusipa eläimille antaa oikeuksia taikka ottaa niitä pois, on lopulta antauduttava eettis-poliittiseen ja yhteiskunnalliseen keskusteluun. Itse eläimet eivät niitä tule meiltä vaatimaan, eikä sellaista vaadi myöskään jonkinlainen analyttis-objektiivinen järki, jollaisen olemassaoloon minun on ylipäänsä kamalan vaikea uskoa. Olen samaa mieltä Markku Oksasen 2019 s. 246 ja 261 kanssa siitä, ettei oikeuksien (niin kuin ei filosofiankaan) kielellä puhumisen tulisi antaa hämärtää sitä (ihan perusteltua) *moraalista* sanomaa, joka vaikkapa Kurjenkin kannanottojen taakse kätkeytyy. Sen ei tulisi johtaa minkäänlaiseen näkemysten väheksymiseen saati automaattiseen hylkäämiseen (esim. Aarnio 2006 s. 87–95 on todennut puheen luotokappaleiden oikeuksista ”käsiteseekaanukseksi”, ”ajatukselliseksi humpuukiksi” ja ”veltoksi juridiseksi hölynpölyksi”), muttei myöskään luuloon siitä, että *oikeusteoreettinen* näkemys olisi jotenkin vapaa moraalista. (Saatikka tällaisen takia jotenkin itsessään parempi!) Esim. Kurki 2019 näyttäisi uskovan ulkoistaneensa normatiivis-moraaliset kysymykset ja kannanotot oikeudellisen henkilyden teoriansa (ja samalla kai *oikeuden* (s. 191)) ulkopuolelle, ja siis operoivansa ainoastaan jonkinlaisella käsitteellis-teoreettisella tasolla; kysyvänsä *who/what can be a legal person*, ei *who/what should be a legal person*. (erit. s. 12, 25, 27, 175 ja 180). Tämä ei estä Kurkea käyttämästä esim. keskiaikaisia eläinoikeudenkäyntejä esimerkkinä siitä, kuinka vaikkapa rikosvastuun rajat eivät lopulta ole *käsitteellisiä* vaan *moraalisia*, ja esim. eläin (tai vaikka alle 15 vuotias ihminen) voi olla rikosprosessissa vastaajana vallan mainiosti, jos näin vain päättämme (s. 146). Itselleni ajatus käsitteidemme ja moraalimme sekä olemisen ja pitämisen tarkkarajaisesta erottamisesta on varsin vieras.

¹⁰⁹⁷ Kinnunen 2012 s. 178–179. Kinnunen huomauttaa urheilun dopingkieltoa perustelevan ajatuksen reiluuden ja samanarvoisuuden turvaamisesta sopivan hyvin yhteen oikeudenmukaisuuden ja yhdenvertaisuuden kaltaisten oikeusjärjestelmän perusperiaatteiden ja valtiotasannon keskeisten osatekijöiden kanssa.

¹⁰⁹⁸ Knuts 2010 s. 83. Havainnollisena esimerkkinä hyvinkin ylimalkaiseksi ulotetusta suojeluintressistä ks. myös Ulväng 2009 s. 245–246, jossa kritisoidaan ruotsalaisia lain esittäjiä, joissa lapsipornografian kriminalisoinnin ulottamista myös piirrettyihin kuviin perusteltiin viitaten jonkinlaiseen *lapsen ideaan* (”barnet som idé”) kriminalisoinnin suojelukohteena (SOU 2007:54 s. 199–203, jossa puhutaan suojelukohteen osalta *lapsista yleensä* – ”barn i allmänhet”).

¹⁰⁹⁹ Helenius 2014 s. 67–68 ja 72.

¹¹⁰⁰ Melander 2008b s. 192–193. Melander on puoltanut ihmisarvon nostamista ainakin RL 11:3:n nimenomaiseksi suojelukohteeksi myös väitöskirjassaan, joskin samalla painottaen, että ”ihmisarvolla” argumentointiin tulisi rikosoikeudessa suhtautua pidättäväisesti (Melander 2008a s. 276 ja 285). Olen itsekin jo edellä painottanut, ettei ihmisarvoa tulisi luulotella kovinkaan tarkkarajaiseksi perustaksi vaikkapa kriminalisointien suojelukohteena (erit. alav. 671).

tupakkakriminalisointien voitaisi ajatella suojaavan myös ”välillisesti” yksilöiden henkeä ja terveyttä. Koska suojelukohteeseen liittyy näin kaksi osapuolta (välittömästi yhteisö, välillisesti yksilö), voi myös esimerkiksi tupakointikiellon rikkomista koskeva tupakointirikkomus Huomo-Kettusen mukaan olla luonteeltaan ”korkeintaan välillisesti” paternalistinen, eli yksilön itsemääräämisoikeutta tämän omien intressien suojaamiseksi rajoittava.¹¹⁰¹

Keskeiseksi jakolinjaksi ainakin kotimaisessa rikosoikeudellisessa keskustelussa näyttäisikin muodostuneen se, onko kulloinkin suojeltavan oikeushyvän asemaan tarjottava ehdokas liitettävissä tiettyyn yksilöön vai yleisemmin yhteisöön. Selvästi tiettyyn yksilöön kohdistuvien rikosten osalta voidaan puhua rikoksen uhrista. Ennen kaikkea yhteisöön kohdistuvien rikosten kohdalla saatetaan sen sijaan puhua suoranaisesti ”uhrittomista rikoksista” (*victimless crimes*)¹¹⁰². Tältä osin on havaittavissa kahdenlaista kehitystä. Yhtäältä yksilöllisen uhrin asema on noussut viime vuosikymmeninä olennaiseksi tekijäksi paitsi rikosprosessuaalisessa myös aineellisen rikosoikeuden piirissä käytävässä keskustelussa. Monien muiden oikeudenalojen tavoin loukatun (uhrin) ja loukkaajan (rikosentekijän) välinen vastuunjako on saanut enemmän painoarvoa myös rikosvastuuta arvioitaessa.¹¹⁰³ Toisaalta on selvää, että esimerkiksi niin sanotulle modernille rikosoikeudelle tyypilliset uudenlaiset tunnusmerkitöt keskittyvät nimenomaan yhteisöllisten intressien suojaamiseen, mihin liittyen on puhuttu suoranaisesti ”yhteisöllisten oikeushyvien esiinmarssista”¹¹⁰⁴ ja kannettu huolta tätä kautta tapahtuvasta ”oikeushyvien abstrahoitumisesta”¹¹⁰⁵. Kyseiset kehityskulut ovat tietysti vuorovaikutussuhteessa. Oikeushyvien ymmärtäminen yleiseksi ja vain välillisesti yksilöihin palautuviksi saattaa johtaa niin sanottujen uhrittomien rikosten yleistymiseen. Voi myös olla, että tämän sijaan aletaan puhua enemmän ”epäsuorista uhreista” ja lopulta myös yksilöllisten uhrien määrä ja rooli vain kasvaa.¹¹⁰⁶

Sinällään kyse on yhteiskunnille yleisestikin tyypillisestä julkisen ja yksityisen välisestä rajanvedosta, joka on viime vuosina ollut kiivaan väittelyn kohteena (rikos)oikeuden ohella monilla muillakin aloilla. Douglas Husak muistuttaa kyseen

¹¹⁰¹ Huomo-Kettunen 2011 s. 38–39.

¹¹⁰² Uhrittomista rikoksista ks. esim. Palo 2010 s. 68 sekä Lohse 2012 s. 176, joka toteaa tällaisiksi niin terroristisen rikoksen valmistelun kuin edistämisenkin ja katsoo näissä rikoksissa yleisemmän *terrorismin torjuntaintressin* korvaavan konkreettisen uhrin ”uhriperspektiivin” tai ”tekijän toimen vahinkorelevanssin” käydessä tarpeettomiksi.

¹¹⁰³ Esim. Nuutila 1997b s. 177 toteaa, ettei perinteisessä pohjoismaisessa rikoslainopissa ole annettu uhrin toiminnalle oikeastaan minkäänlaista merkitystä, mutta uudemmassa opissa on ryhdytty huomioimaan entistä enemmän mm. uhrin oman myötävaikutuksen merkitystä hakien johtoa erityisesti vahingonkorvausoikeudesta ja myös vakuutus- ja rikosprosessioikeudesta. Esim. Hahto 2004 s. 116 toteaa uhrin ja tekijän välisen suhteen nostetun esiin rikosoikeuden puolella jo 1960-luvulta lähtien perinteisen ajatuksen ollessa kuitenkin se, että rikos merkitsee konfliktia ennen kaikkea yhteiskunnan ja rikosentekijän välillä uhrin ja tekijän välisen suhteen kuultuessa ennen kaikkea vahingonkorvausoikeuden piiriin. Esim. saksalaisen rikosoikeuden osalta ks. Nomos Kommentar 2017 (Winfried Hassemer ja Ulfrid Neumann) s. 107, jossa modernin – valtiollisen – rikosoikeuden todetaan pitkälti ”neutraloineen” uhrin aseman keskittäen rikosoikeudellisen huomion rikosentekijän ja valtion suhteeseen. Viime vuosina tässä on kuitenkin ollut myös Hassemerin ja Neumannin mukaan havaittavissa muutoksia.

¹¹⁰⁴ Pirjatanniemi 2005 s. 207.

¹¹⁰⁵ Esim. Tapani–Tolvanen–Hytinen 2019 s. 93–98. Ks. myös Tapani 2004 s. 82–84 sekä Nuutila 1996 s. 82, joka aiivan samoin toteaa juuri yhteisöllisten oikeushyvien muodostavan poikkeuksen oikeushyvien johtamismahdollisuuksista perus- ja ihmisoikeuksista. Ks. myös Nuutila 1997b s. 40–41.

¹¹⁰⁶ Ks. esim. Hahto 2004 s. 9–10, joka määrittelee uhriksi rikoksella välittömästi loukatun oikeushyvän haltijan eli rikoksella aiheutetun vahingon ensikäden kohteena. Tämän lisäksi Hahto puhuu ns. epäsuorista uhreista, esim. rikoksesta aiheutuvista pelkoreaktioista kärsivät muut tahot kuten varsinaisten uhrien läheiset. Esim. kansainvälisessä rikostuomioistuimessa on päädytty antamaan tahoille, joiden henkilökohtaiseen etuun oikeudenkäynti vaikuttaa varsinaisen asianosaisaseman sijaan mahdollisuus ilmaista mielipiteitään oikeudenkäynnin eri vaiheissa. Tätä kautta käsiteltävien asioiden ”uhri”määrät voivat kasvaa huomattaviksi. (Ks. Kimpimäki 2015a s. 507–508 ja 510)

olevan asioista, jotka tulevat myös aina olemaan väittelyn kohteena liberaalissa valtiossa.¹¹⁰⁷

Lopputuloksena on se, että rikoksen tavalla tai toisella loukkaavien erilaisten oikeushyvien, intressien, arvojen ynnä muun sellaisen järjestämiseksi jää lukuisia erilaisia tapoja. Jonkinlaisena perustavana lähtökohtana voitaneen pitää sitä, että rikoksesta puhuminen edellyttää edes jonkinlaista yhteisön loukkaamista. Vähintään rikoksenteijä loukkaa yhteisöä menettelemällä tavalla, jonka yhteisö on katsonut aiheelliseksi kieltää rikostunnusmerkistöllä. Tämä lienee perustavanlaatuisin keino konstruoida rikoksen taustalle edes jonkinlainen oikeushyvä (eli tässä tapauksessa siis *yhteiskuntarauhan* – tai ehkä pikemminkin *yhteiskunnan kunnioittamisen*) loukkaus. Yhteisön ohella useisiin rikoksiin liittyy yksilöllinen uhri. Lopulta uhri – samoin kuin rikoksenteijäkin – ovat toki osa yhteisöä.

Erilaisia oikeushyviä voi siis systematisoida ja myös perustella lukuisin eri tavoin. Modernissa rikosoikeudessa hyvin otollinen tapa tämän suorittamiseen on tukeutua mahdollisuuksien mukaan perus- ja ihmisoikeusnormistoihin, jotka ilmentävät yhteiskunnan perustavanlaatuisia arvoja. Ajatus siitä, että rikosoikeuden taustalla vaikuttavien arvojen sitominen vaikkapa juuri perus- ja ihmisoikeuksiin merkitsisi ”rikosoikeuden rajojen määrittämistä tutkijakammion sijaan eduskuntatalossa”¹¹⁰⁸ sisältää nähdäkseni kuitenkin vakavan ajatusvirheen. Eduskuntatalossa (saati ihmisoikeussopimuksia sorvaavissa kansainvälisissä kabineteissa) kun ei perus- ja ihmisoikeuksista päätettäessä liene useinkaan ollut päälimmäisenä mielessä rikosoikeus ja sen rajat. Näin on sen sijaan luultavasti huomattavasti suuremmissa määrin ollut rikosoikeutta ja sen rajoja nimenomaisesti muovaavia normeja säädettyä. Esimerkiksi perus- ja ihmisoikeuksien kannalta kummallisella rikosoikeudellisella säännöksellä voi olla yhtä lailla ”eduskuntatalon” tuki takanaan. Rikosoikeustiede pyrkii luomaan näistä keskenään enemmän tai vähemmän ristiriitaisista normeista mahdollisimman ehyen kokonaisuuden. Tässä työssä on selvää, että normihierarkkisesti ensisijaiset perus- ja ihmisoikeudet nauttivat tavallisia eduskuntalakeja suurempaa painoarvoa. Tämä ei kuitenkaan kerro vielä paljoakaan siitä, millainen rooli perus- ja ihmisoikeuksille vaikkapa yksittäisiä rikosoikeudellisia ongelmia ratkaistaessa kulloinkin on annettava. Esimerkiksi tilanteessa, jossa vasta säädetty ja täsmällinen kriminalisointi näyttäisi istuvan huonosti vuosikymmeniä vanhemman ja ylimalkaisen perusoikeussäännöksen kanssa, olisi erikoista vedota perusoikeussäännöksen mukaisena pitämäänsä tulkintaan ”eduskunnan painottamisena tutkijakammion yli”. Paljon parempi vaihtoehto olisi vaikkapa katsoa, mitä esimerkiksi eduskunnan perustuslakivaliokunta asiasta on lausunut ja yrittää tältä pohjalta ymmärtää (yhtä lailla eduskunnan lausumaa) uutta kriminalisointia.

Korostan tältä osin jo aiemmin sanomaani: perus- ja ihmisoikeudet eivät ole itselleni jonkinlainen itseisarvo, vaan kasa enemmän tai vähemmän ylimalkaisia lausumia sinällään varmasti yhteiskuntamme perustavista arvoista, joiden täsmällisempi määrittely kuitenkin edellyttää muun ohella tutkijakammioissakin suoritettua työtä. Tämä ei tarkoita, että kammiossaan ehkä kauankin viihtynyt tutkija olisi jonkinlainen moraalis-eettis-poliittisista arvoarvostelmista vapaa objektiivinen *asiantuntija*. Saatikka, että hänelle tulisi uskoa jonkinlainen moraalis-eettis-poliittinen monopoli ottaa kantaa yhteiskuntaa koskeviin kysymyksiin – oikeus mukaan lukien. Tämä on

¹¹⁰⁷ Husak 2016 s. 45.

¹¹⁰⁸ Iskevä muotoilu on peräisin Nuutilalta 1996 s. 82.

uskoakseni yksinomaan hyvä asia. Etenkin se on asia, joka pitäisi oikeudesta keskusteltaessa muistaa. Kammiassa istuskellessa on aikaa miettiä asioita. Ja tällaisten syvällisesti pohdittujen ja perusteltujen näkemysten esittäminen on uskoakseni se, mitä juuri oikeustieteeltä kaivataan. Kammiassa on turha luulla kehittäneensä jonkinlaisen ylivertaisen tavan elää muiden ihmisten kanssa – saatikka kertoa heille, miten heidän tulisi elää.

Nähdäkseni selvästi perus- ja ihmisoikeuksien sekä rikosoikeuden suojaamien oikeushyvien rinnastamista perustellumman mallin oikeushyväajattelusta esittääkin esimerkiksi Dan Frände. Frände palauttaa demokraattisen ja moniarvoisen yhteiskunnan rikosoikeuden taustalle hyväksyttävät suojeluintressit viime kädessä yksilön vapauspiiriin – yksilön oikeuteen itsetoteutukseen eli itsemääräämiseen. Suojeluintressin sisältyminen vaikkapa perustuslakiin tai ihmisoikeussopimuksiin on tärkein merkki tästä – ei kuitenkaan viimekätinen suojeluintressin perusta.¹¹⁰⁹ Ajatus ihmisyksilön vapaudesta on huomattavasti joitain vuosikymmeniä sitten säädettyjä perus- ja ihmisoikeuksia perustavanlaatuisempi ja kauaskantoisempi asia. Uskoakseni rikosoikeudellisia vastuuoppeja ei ole mitään syytä kiinnittää jäännöksettä perus- ja ihmisoikeuksiin, kun jotain perustavampaakin on tarjolla. Tämä ei tarkoita, etteikö perus- ja ihmisoikeuksilla olisi merkitystä. Saati sitä, että osaisin pelkästä ihmisyksilön vapaudesta johtaa rikosoikeudellisen vastuujärjestelmän¹¹¹⁰. Ainut mitä tämä tarkoittaa on se, etten jaa sitä (ainakin omasta näkökulmastani oikeuspositivistista) innostusta, joka rikosoikeudenkin saralla on 1990-luvulta lähtien saanut monet etsimään rikosoikeuden rajoja yksinomaan perus- ja ihmisoikeuksista. Minulle rikosoikeudessa on kyse jostain paljon suuremmasta.

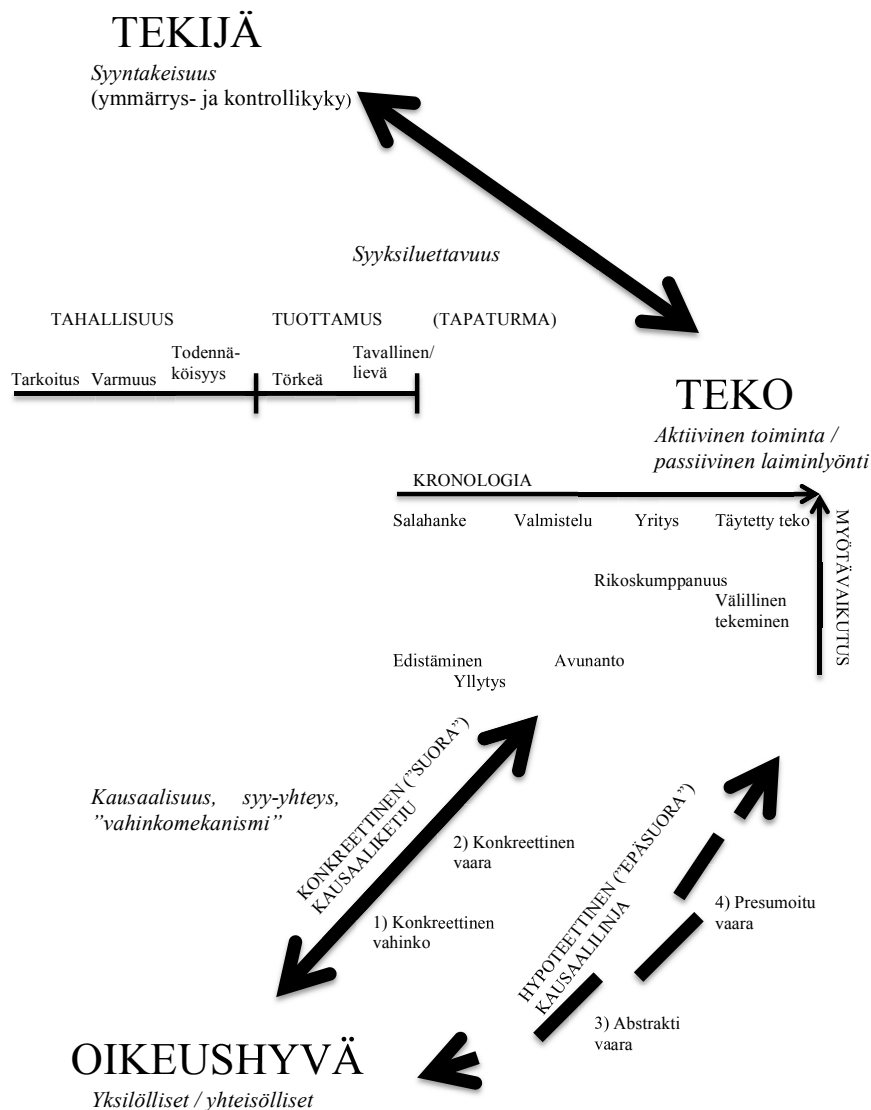
¹¹⁰⁹ Frände 2012a s. 19.

¹¹¹⁰ Tällaisesta kiinnostunut löytää Pawlikin teoksesta *Das Unrecht des Bürgers* (2012) mitä kunnianhimoisimman ja taidolla laaditun tämänsuuntaisen hankkeen.

"For the world is changing: I feel it in the water, I feel it in the earth, and I smell it in the air."

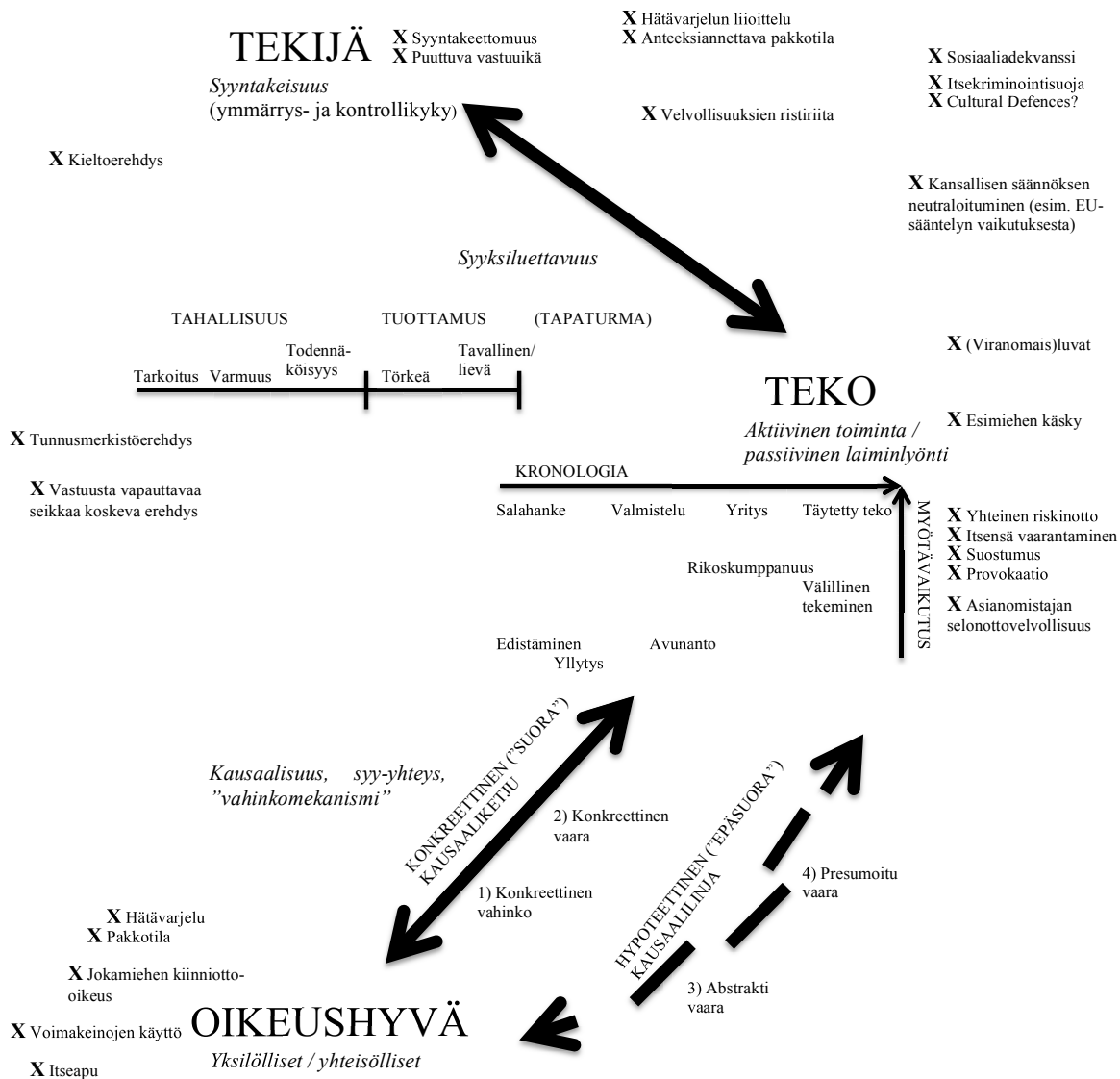
(J. R. R. Tolkien, The Lord of the Rings, The Return of the King¹¹¹¹)

4. MAISEMA & KARTAT



¹¹¹¹ Kyse on Puuparran sanoista Celebornille ja Galadrielille 6. kirjan 6. luvussa.

Edellisen perusteella voidaan täsmentää rikosoikeudellista vastuujärjestelmää koskeva mallini oheiseksi kuvaksi. Kuvan ytimen muodostaa TEKIJÄN, TEON ja OIKEUSHYVÄN varaan perustuva ”rikosoikeuden maisema”, jonka varaan olen hahmotellut erilaisia *syyksiluettavuuden* ja *kausaalisuuden* kaltaisia rikosvastuun kartoja. Näiden ympärille voi edelleen muodostaa yhä hienojakoisempia ja samalla herkemmin, mutta vähemmin vaikutuksin muuttuvia oppeja, vastuuvapausperusteita periaatteita ynnä muuta rikosoikeudellista ainesta. Mallin rikastaminen vaikkapa erinäisillä vastuuvapausperusteilla (X) voisi näyttää tältä:



Ymmärrän ”rikosoikeuden maiseman” perustavanlaatuisimpana ja vakiintuneimpana aineksena, jota modernin kotimaisen rikosoikeuden vastuuopeista on löydettävissä¹¹¹². Piirrettäessä sen pohjalta yhä hienojakoisempia ja tarkempia karttoja siirrytään samalla yhä herkemmin, mutta vähäisemmin vaikutuksiin muutettavissa oleviin rikosoikeuden elementteihin. Käsitys kausaalisuudesta voidaan järjestää monin eri tavoin, mutta silti se säilyy jonkinlaisena TEON ja OIKEUSHYVÄN suhteena. Syyksiluettavuudesta, ja etenkin sen yksittäisistä muodoista vaikkapa tahallisuuden niin sanottua ”alarajaa” koskien, voi olla olemassa monenlaisia käsityksiä, mutta tästä huolimatta ne kaikki kytkevät tavalla tai toisella tietyn TEKIJÄN juuri tiettyyn TEKÖÖN. Käsitys hätävarjelun liioittelusta vastuuvapausperusteena on ilman muuta riippuvainen omaksutusta *syyksiluettavuus*- ja *oikeushyväopista*, ja kytkeytyy kysymyksiin vaikkapa siitä, millaista tarkkaavaisuutta tekijältä voidaan edellyttää (ja kääntäen; millaisia väärinkäsityksiä voidaan vielä hyväksyä) ja missä määrin annetaan painoarvoa yhtäältä uhrin ja toisaalta tekijän ruumiilliselle koskemattomuudelle – ja kuka ylipäänsä alun perinkään profiloituu *uhriksi* ja kuka *tekijäksi*. Silti hätävarjelun liioittelua koskevien oppien muuttamisessa ei useinkaan ole kyse yhtä perustavanlaatuisesta muutoksesta kuin vaikkapa syyksiluettavuus- taikka oikeushyväoppien muuttamisessa.

Mallin rikastaminen rikosvastuun kannalta negatiivisilla vastuuvapausperusteilla havainnollistaa, kuinka maisemani on rakennettu rikosvastuun kannalta nimenomaan positiivisten vastuuperusteiden varaan. Sinällään jokainen siinä kuvattu ilmiö tai olio on mahdollista ajatella myös vastuun kannalta negatiivisesti. Edellä on jo sivuttu kysymystä siitä, onko mitään eroa todeta, ettei tahallisuus täyty kuin todeta tekijän toimineen tunnusmerkistöerehdyksessä. Myös erilaisia vastuuvapausperusteita on kuviteltavissa loputon määrä. Esimerkiksi Pauli Rautiainen on hahmotellut ”taiteellisen alibin” oikeuttamisperustetta keinona jäsentää *taiteellisuus* (tai ”taiteus”) osaksi niin sanottuja ilmaisuvapausrikoksia. Samassa yhteydessä Rautiainen tosin toteaa tukeutuvansa myös perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan.¹¹¹³ Rajanveto siinä, haluaako puhua erillisestä ”taiteellinen alibi” -vastuuvapausperusteesta, ilmaisuvapausrikosten tulkinnasta vaikkapa perustuslain 16.3 §:n turvaama taiteen

¹¹¹² Maisemaelementinikään eivät edusta minkäänlaista ikuista ja absoluuttista totuutta, vaan voivat aikojen saatossa muuttua. Esimerkiksi maisemamallini ensimmäinen osa eli TEKIJÄ voi vielä 2000-luvulla kohdata perustavanlaatuisiakin muutoksia. Ks. esim. feministinen kritiikki, joka kyseenalaistaa oikeudellisten mallien (esim. *bonus pater familias* -institution) taustalla näkemänsä maskuliiniset ajatuskulut (esim. Scales 1990 s. 105, Schultz 2007 s. 358–359 ja Lacey 2016 s. 183), taikka keskustelu paitsi eläinten myös elottomien luontokohteiden oikeuksista (esim. Oksanen 2019 s. 250–251 ja 254, joka huomauttaa, ettei vaikkapa osakeyhtiön kaltaisista ”sosiaalisista ryhmäolioista” välttämättä ole kovin pitkä matka yksilöitäviin luontokohteisiin), taikka keskustelu uusien teknologioiden vaikutuksesta oikeuteen ja suoranaiseen ”ei-inhimillisestä” oikeudesta, jossa ”toimijoina” esiintyvät vaikkapa algoritmit (esim. Viljanen 2017b), taikka kyberneettiset organismit, joiden kautta avautuu edelleen hyvin mielenkiintoisia näkökulmia *toimijuuteen* ja sellaista harjoitaviin entiteetteihin – vaikkapa siihen, kuinka kognitiivisten prosessien voidaan ajatella hajautuvan yksilön mielen ulkopuolelle (esim. Viljanen 2017a). Rikosoikeuden saralla esim. Korkan 2019a s. 329–334 alustavasti kehittänyt ns. *collective knowledge* -doktriiniin perustuva ”objektivoitu tuottamusarviointi” tulee mielestäni varsin lähelle ajatusta tällaisista ”hajautuvista kognitiivisista prosesseista”. Angloamerikkalaisten *collective knowledge* ja myös *vicarious liability* -doktriinien vastaavuudesta oikeushenkilön rangaistusvastuuseen liittyvään ns. anonymiin syylisyyteen ks. Jaatinen 2000 s. 83–85. Rikosoikeudessa on lisäksi puhuttu tietyt jo pitkään liikenteen automatisaatiosta ja siihen liittyvistä uudenlaisista vastuupollisista ongelmatilanteista. Ks. esim. Simmler–Markwalder 2017, jotka pohtivat yleisellä tasolla mahdollisuutta asettaa robotit välineellisen toimijan sijasta varsinaisiin *tekijän* ja *uhrin*, eli siis *rikosoikeussubjektien*, asemaan. Kyse olisi perustavanlaatuisesta muutoksesta rikosoikeusteorian ”sydänpäyseen” eli *syylisyyteen* (s. 22). Simmler ja Markwalder korostavat, ettei syylisyyssäkäytyskään ole ”pyhä” tai ”muuttumaton”, vaan yhteiskunnasta riippuvainen (s. 40–41). Heille robotin rikosoikeudellinen syylisyys ja vastuu ovat mahdollisia, mikäli ne vain ovat rikosoikeusjärjestelmän yleispreveniivisen funktion kannalta merkityksellisiä ja hyödyllisiä (s. 38–40 ja 45). Suomessa esim. Tolvanen 2019a on rajoittanut pohtimaan automatisoitua liikennettä lopulta yksinomaan inhimillisten toimijoiden eli valmistajien, ohjelmoijien ja liikenneinfrastruktuurin ylläpitäjien näkökulmasta. Oikeudellisesta henkilöllisyydestä tai persoonasta ks. yleisellä teoreettis-filosofisella tasolla vielä Kurki 2019, jonka ”nipputeoriassa” (*the Bundle Theory*) kyky rikosoikeelliseen vastuuseen on oikeudellisen henkilöllisyyden *aktiivinen* ja kyky rikosoikeudelliseen uhriuteen puolestaan *passiivinen* osa-alue (”incident”) (s. 95–96, 111–112 ja 116–118). Niin naisten, eläinten ja erilaisten luontokohteiden, yhteisöjen kuin tekoälynkin oikeudellista asemaa ja persoonaa koskevat teemat ovat Kurjen esityksessä toistuvasti esillä.

¹¹¹³ Rautiainen 2010 erit. s. 245–246 ja 251–252.

vapaus huomioiden, tai vaikka kunnianloukkausrikoksen tarkastelusta tekijän taiteus tekijän motivaation taikka tarkoituksen kohdalla huomioiden, voi olla hyvin vaikeaa¹¹¹⁴.

Esimerkiksi nimenomaan lukuisten erilaisten vastuuvapausperusteiden kautta ajattelevien on varsin tyypillistä common law -rikosoikeusperinteelle, jonka piirissä on keskusteltu 2000-luvulla paljon vaikkapa siitä, tulisiko rikosoikeudessa omaksua erillinen ”*cultural defence*”, jonka avulla voitaisiin tavoittaa globalisaation ja monikulttuurisuuden yhä kasvavia haasteita. Siis esimerkiksi tilanteita, joissa juutalainen haluaa ympärileikata poikansa, kiinalainen syödä ja tarjota ravintolansa asiakkaillekin koiria tai somali pureskella kat-kasvia ilman, että valtaväestö ja paikallinen oikeusjärjestelmä tällaista hyväksyy.¹¹¹⁵ Toisin sanoen kyse on tietyn oikeusjärjestelmän silmissä ainakin lähtökohtaisesti rangaistavasta toiminnasta jota tietty yksilö oman kulttuurisen taustansa pohjalta harjoittaa. Asetelma voi johtaa mitä erinäisimpiin rikosoikeudellisiin ongelmiin; mitä jos kulttuurisen vähemmistön edustaja ei yksinkertaisesti tiedä vaikkapa jo pelkän kat-kasvin viljelyn yrittämisen RL 50:1:n 1-kohdan perusteella rangaistavaksi, tai mitä jos lapsensa ympärileikkaaja ei ole perillä Suomen korkeimman oikeuden viimeaikaisista asiaa koskevista linjauksista? Tai mitä jos lapsilleen toisuvasti kielisuudelmia antanut isä väittää, ettei hakenut tällä minkäänlaista seksuaalista tyydytystä?

Monikulttuurisuustematiikkaa on Suomessa pohtinut muun muassa Laura Ritakallio-Rautio, jonka mukaan suomalainen rikosoikeusjärjestelmä ei ole erityisen valmistautunut monikulttuurisuuden aiheuttamiin haasteisiin. Asiaa kun ei ole aktiivisesti pohdittu, rikoslaki on kirjoitettu lähtökohtaisesti tekijäneutraaliksi, eikä myös kulttuuriset seikat huomioiva perus- ja ihmisoikeuspunninta ole lainkäytössä kovinkaan vakiintunutta. Ritakallio-Rautio lähestyy teemaa nimenomaisesti ennen kaikkea ”kulttuurisen puolustuksen” näkökulmasta, jota pitää rikosoikeusjärjestelmällemme (vielä) varsin vieraana. Asiasta ei ole sääntelyä ja olemassa olevat tunnusmerkit edustavat tekijäneutraaleina *culture-blindnessiä* – ja tällainen on tietysti perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta kestäväntöntä. Tältä pohjalta Ritakallio-Rautio hahmottelee suuntaa parempaan; paitsi että kulttuuriin liittyviä (ja perus- ja ihmisoikeuspohjaisia) argumentteja tulisi rikosoikeudenkäynneissä kuunnella herkemällä korvalla tulisi lisäksi jonkinlainen ”kulttuurinen puolustus” sijoittaa osaksi rikosvastuuta koskevia oppeja. Jo nykytilanteessa se istuisi Ritakallio-Raution mielestä ongelmitta rangaistuksen mittaamiseen. Olennaista olisi kuitenkin saada asiasta nimenomainen lainsäädännös ja siis tätä kautta lainsäätäjätasoinen linjaus asian tärkeydestä.¹¹¹⁶

Ritakallio-Rautio pohjaa esityksensä muun ohella teoksessa *Criminal Law and Cultural Diversity* (2014) esitettyihin puheenvuoroihin, joista Bhikhu Parekh ja ennen

¹¹¹⁴ Erilaiset asetelmat vaihtelevat tietysti huomattavasti riippuen edelleen rikostunnusmerkitöistä ja tunnusmerkeistä. Esim. RL 20:5a:n seksuaalisen ahdistelun osalta olisi epäluontevaa tarkastella uhrin suostumusta jonkinlaisena erillisenä oikeuttamisperusteena. Suostumus tai sellaisen puuttuminen kun muodostaa olennaisen seikan tunnusmerkitöiden edellyttämän seksuaalisen itsemääräämisoikeuden abstraktin vaarantamisen arvioinnissa. (Ks. Nieminen–Kallio–Tolvanen 2020 s. 158–159)

¹¹¹⁵ Etenkin yhdysvaltalaisessa rikosoikeudessa on puhuttu aiheesta paljon (näin esim. Lernerstedt 2013 s. 343). Ks. etenkin Renteln 2004 ja Renteln 2014, jossa Renteln toteaa ”cultural defenses” turvaavan syytetyn mahdollisuuden esittää kulttuurista taustaansa koskevaa todistusaineistoa ja näin avaavan rikosoikeudenkäynnissä ylipäänsä käytävää keskustelua kulttuurisiin näkökohtiin. Todettakoon, että ajatus nimenomaisen ”puolustuksen” (*defense*) olemassaolosta jonkinlaisena todistelun ehtona on kotimaiselle rikos(prosessi)oikeudelle varsin vieras. Suhteellisen abstraktin rikosoikeudellisen sääntelymme ja vapaan (prosessuaalisen) todistusteorian puitteissa syytetyllä on tavallaan automaattisesti verraten laaja mahdollisuus esittää argumenttejaan. Kotimainen rikosoikeustieteilijä lienee kiinnostuneempi siitä, paljonko millekin argumenteille annetaan painoarvoa, kuin saako niitä ylipäänsä edes esittää.

¹¹¹⁶ Ritakallio-Rautio 2017 erit. s. 411, 425–426 ja 428–430.

kaikkea Alison Renteln painottavat nimenomaisen ”kulttuurisen puolustuksen” omaksumisen tärkeyttä¹¹¹⁷. Erityisesti Ritakallio-Raution näkemys muistuttaa Rautiaista; uudenlaiset ongelmat kohdataan perus- ja ihmisoikeuslähtöisellä punninnalla ja nimenomaisella ongelmaa koskevalla vastuuvapausperusteella¹¹¹⁸. Edellä mainittu vuoden 2014 antologia sisältää myös hyvin toisenlaisia lähestymistapoja. Esimerkiksi Claes Lernestedt asettuu teoksessa edustamaan tavallaan päinvastaista kantaa, jonka mukaan erillinen ”cultural defense” -säännös on suorastaan huono ratkaisu. Se kun jakaa rikosvastuuta koskevat näkökohdat kulttuurisesti relevantteihin ja ei-relevantteihin tavalla, joka Lernestedtin mukaan pahimmillaan johtaa kulttuurisensitiivisyyden irvikuvaan, jossa väitteellä ”kulttuurini pani minut tekemään sen!” joko vapautuu tai ei vapaudu vastuusta. Kyse on siitä, että niputettaessa eri kulttuureja koskevat rikosoikeudelliset ongelmakohdat ”cultural defense” -instituution alle tullaan samalla tehneeksi kulttuurista sellainen ”möykky”, mitä se nimenomaan ei ole. Samalla tullaan sokeaksi sille kulttuuriselle moninaisuudelle, jonka tulisi läpäistä rikosvastuuta koskevat kysymykset kokonaisuudessaan.¹¹¹⁹ Samaan tapaan Kimmo Nuotio painottaa sitä, kuinka kulttuuristen näkökohtien tulisi heijastua nimenomaan perinteisiin rikosoikeuden oppeihin, joista kyllä löytyy tähän potentiaalia kunhan niitä riittävän tarkasti tutkii. Kent Greenawalt puolestaan tutkii tästä näkökulmasta amerikkalaisen Model Penal Coden säännöksiä todeten niiden tarjoavan paremman pohjan kulttuurisen näkökohtien huomiointiin kuin jonkinlaisen uuden ja itsenäisen ”cultural defenses” omaksuminen.¹¹²⁰

Niin Lernestedt, Nuotio kuin Greenawaltkin painottavat kulttuuriin liittyvien argumenttien sisällyttämistä osaksi jo olemassa olevia rikosvastuuta koskevia oppeja ilman, että asiasta ylipäänsä tehtäisiin sen suurempaa numeroa. Ritakallio-Rautio, Parekh ja Renteln puolestaan katsovat, että kulttuurin merkitystä on nimenomaan painotettava ja tämä on luontevaa toteuttaa erityisen ”kulttuurisen puolustuksen” muodossa. Uskon kaikkien edellisten haluavan Ayelet Shacharin sanoin ”demystifioida” kulttuuria¹¹²¹, mutta keinot tähän ovat paikoin suorastaan päinvastaiset. Uskoakseni erilaiset näkökannat eivät perustu ainoastaan jonkinlaiseen yhtäältä olemassa jo olevaa säilyttävään konservatiivisuuteen ja toisaalta rohkeita uusia avauksia kaihtamattomaan uudistusmielisyyteen. Uskoakseni paljon olennaisempi jakolinja liittyy siihen, kuinka paljon potentiaalista liikkumavaraa oikeusjärjestelmän ymmärtää antavan lainsoveltajalle. Jos voimassa olevan oikeuden mieltää jähmeäksi ja tarkkarajaiseksi järjestelmäksi, jossa muutokset tapahtuvat omaksumalla siihen (mahdollisimman selkeitä ja tarkkarajaisia) uusia elementtejä, saattaa ”cultural defense” -tyyppisten uusien rakennuspalikoiden lisääminen tuntua paitsi hyvältä myös suorastaan välttämättömältä. Jos voimassa olevan oikeuden

¹¹¹⁷ Parekh 2014 erit. s. 108–109 ja Renteln 2014.

¹¹¹⁸ Suomessa myös esim. Melander 2011 on käsitellyt lyhyesti monikulttuurisuuden rikosoikeudelle asettamia haasteita. Melander ei ota niinkään kantaa ”kulttuuriin puolustuksiin”, vaan painottaa perus- ja ihmisoikeuksien asemaa kulttuurisista näkökohtia koskevan rikosoikeudellisen argumentaation perustana.

¹¹¹⁹ Lernestedt 2014 erit. s. 19, 39 ja 45 sekä Lernestedt 2013 s. 343 ja 351. ”’Kultur’ och individuellt ansvar får inte diskuteras i klump och besvaras med hjälp av en generell regel. Därför bör heller inte ett fristående ’kulturellt försvar’ – i form av ett eget lagrum, där alla invändningar som har att göra med ’kultur’ skulle samlas och prövas – införas.” (s. 351) ”The whole spectre of conditions for criminal liability (etc.) must be able to be touched by the ‘cultural.’” (Lernestedt 2014 s. 41)

¹¹²⁰ Nuotio 2014 s. 68 ja 81 sekä Greenawalt 2014 erit. s. 176. Ks. vielä Nuotio 2010 erit. s. 144, jossa Nuotio toteaa erinäiset kulttuuriset seikat uudentyyppiseksi reaalisiksi argumentaatioksi, joka tekee rikosoikeudellisista (ja siis jo olemassa olevista) normeista entistä useammin punnintatyypisiä siten, että punnuksia löytyy erilaisten ratkaisujen taustalle. Viisas lainsoveltaminen edellyttääkin Nuotion mukaan taitoa operoida epätäydellisellä normistolla uusissa tilanteissa.

¹¹²¹ Shachar 2014 erit. s. 119–122 ja 126–134 puoltaa kulttuurin demystifiointia (”culture-demystifying”) siten, että tuomioistuimissa kulttuuriset tekijät voisivat olla yksi arvioinnin elementti muiden joukossa. Shachar itse etsii jonkinlaista keskitietä niin kulttuurisen sokeuden (”culture-blindness”) kuin vauhtisokeudenkin (”override”) välillä.

mieltää sen sijaan joustavammaksi ja epämääräisyydessään varsin tulkinnanvaraiseksi, ei kokonaan uusien elementtien omaksumiseen ole vastaavaa tarvetta. Sen sijaan esimerkiksi kieltoerehdyksen edellyttämä ”ilmeinen anteeksiannettavuus” (RL 4:2), pakkotilan edellyttämä ”tarpeellisuus” (RL 4:5.1) tai vaikka tuottamukseen kuuluvat ”vaadittavat huolellisuusvelvoitteet” sekä ”muiden tekoon ja tekijään liittyvien olosuhteiden” huomiointi (RL 3:7) saattavat tarjota aivan riittävät välineet myös kulttuurierojen pohjalta kumpuavien argumenttien sisällyttämiseen osaksi rikosvastuun arviointia.

Kuulun itse nimenomaan tähän jälkimmäiseen ryhmään korostaen rikosoikeudellisen vastuujärjestelmän syvällistä ymmärtämistä keinona vastata mitä erilaisimpiin rikosoikeuden muuttuvassa maailmassamme alati kohtaamiin haasteisiin *jo nyt* – ilman, että esimerkiksi lainkäyttäjän tarvitsisi jäädä odottamaan vaikkapa lainsäätäjän suorittamia nimenomaisia linjauksia siitä, saako kulttuurisia näkökohtia huomioida päätöksenteossa. Ennen kaikkea korostan kokonaisuuksien hallitsemista, johon kuuluu esimerkiksi sen ymmärtäminen, etteivät erot vaikkapa tahallisuusopillisen argumentaation, RL 3:6:n perus- ja ihmisoikeusystävällisen tulkinnan, kieltoerehdyssäännöksen mukaisen anteeksiannettavuuden ilmeisyysmerkinnän taikka ”huomioi vastaajan kulttuuri” -tyyppisen vastuuvapausperusteen välillä välttämättä ole järin suuria¹¹²². Lisäksi kokonaisuuksien ymmärtämiseen kuuluu sen käsittäminen, etteivät vastuu ja vastuuvapausperusteet ole erillisiä, vaan toinen toisiaan edellyttäviä näkökulmia lopulta hyvin samanlaisiin inhimillistä vastuuta (tai vastuuttomuutta) koskeviin kysymyksiin¹¹²³.

Kokonaisuuksia ei opita eikä opeteta hallitsemaan yhtäkkiä. Edellä esittämäni maisemamalli perustuu paitsi kaikkeen siihen, mitä olen edellisten reilun 300 sivun aikana esittänyt, myös siihen mitä olen noin 10 vuoden oikeustieteen harjoittamiseni perusteella lukenut ja oppinut – ensikädessä tietysti siihen aineistoon, joka on päätyntynyt väitöskirjani lähteiksi. Ajatuksenani on ollut tavallaan tiivistää tästä kaikesta pienimmät yhteiset nimittäjät. Näin ollen rohkenen väittää, että mallini on hyväksyttävissä minkä tahansa esimerkiksi tämän teoksen lähdeluettelosta löytyvän (vähintäänkin kotimaisen) tekstin pohjalta. Kyse ei ole niinkään siitä, että malli olisi jotenkin erinomainen tai yliverlainen, vaan siitä, että se on riittävän yleinen. Uskoakseni jokaisen lähteenä käyttämäni kotimaisen rikoslainopillisen tutkimuksen ajatukset ovat ripustettavissa niille koukuille, joita olen malliini virittänyt. Tämä ei tarkoita, että niiden tarvitsisi olla linjassa kaikkien niiden huomattavasti spesifimpien ajatusten kanssa, mitä olen edellä maisemamallia perustelevalle tekstissän esittänyt.

¹¹²² Esim. tapauksessa KKO 2005:93 toistuvasti kielisuudelmia 3–8-vuotiaille lapsilleen antanut isä ei syyllistynyt lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön, koska silloinen RL 20:6.1:n edellyttämä *seksuaalinen teko* edellytti RL 20:10.2:n mukaan edelleen seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoittelua, eikä tällaista teon motivaatioon tai tarkoitukseen liittyvää seikkaa tapauksessa näytetty – ottaen huomioon muun ohella se, että käytännöt vanhempien ja lasten välisissä hellyydenosoituksissa vaihtelevat eri yhteisöissä ja kulttuureissa (kohta 7). Tapauksessa KKO 2008:93 4,5-vuotiaan poikalapsen ympärileikkaaminen ei täyttänyt pahoinpitelyä, koska toimenpide ei perus- ja ihmisoikeusnormien valossa yhtäältä lapsen ruumiillista koskemattomuutta kuin toisaalta lapsen uskonollisia ja sosiaalisia etuja punniten ollut oikeudenvastainen (erit. kohdat 19–29). RL 4:2:n kieltoerehdyssäännöksen esitöissä otetaan nimenomaisesti kantaa oikeuskulttuurien välisiin eroihin säännöksen 4-kohdan ”muuna edellisiin rinnastettavana seikkana” (HE 44/2002 s. 107). Vaikka säännöksen soveltamiseen suhtaudutaan tältä osin (täysin ymmärrettävästi) varsin varovasti, kertoo jo aiheen esille nostaminen sen, että anteeksiannettava tekonsa sallittavuudesta erehtyminen voi sinällään perustua myös kulttuurieroihin. Ks. hieman erisuuntaisesti Ritakallio-Rautio 2017 s. 413 ja 429–430, joka ei kuitenkaan selvästikään lopulta näe säännöksessä potentiaalia kulttuuristen seikkojen (ainakaan riittävän) huomiointiin.

¹¹²³ Jo esim. Kelsen 1960/1968 s. 61–62 huomauttaa rikosvastuun kannalta negatiiviset seikat mielekkäiksi vain yhdessä rikosvastuun (positiivisten) edellytysten kanssa. Lopulta kyse on oikeusnormin voimassaolopiiristä, jossa vastuuvapausperusteet (esim. Kelsenin käsittelemä hätävarjelu) ovat epäitsenäinen osa kokonaisuutta.

Tarkkaavainen lukija on jo huomannut, että yksi jos toinen tutkimukseni sivuilla esitetty argumenttiketju alkaa (tai päättyy?) lauseella: ”kaiken edellä mainitun perusteella” tai ”kaiken edellisen nojalla” tai ”kaiken tämän valossa”. Juuri näin alkaa myös nyt kyseessä oleva rikosoikeuden maisemat ja kartat yhdeksi kuvaajaksi yhdistävä kappaleeni. Kyse on perustavanlaatuisesta oikeudellisen tiedon luonteesta. Se perustuu siihen *traditioon kohdistuvaan ymmärrykseen*, jota olen yrittänyt niin viimeisten reilun 300 sivun kuin 10 vuodenkin aikana tavoitella, ja jota vielä tätä (jos mahdollista) paljon sääliävämminkin yritän nyt lukijalleni välittää. Kyse on siitä, mistä niin Puuparta kuin Karhukin¹¹²⁴ (uskoakseni) puhuvat; oikeudellisesta *kokemuksesta* oikeudellisen tiedon lähteenä – *oikeuslähteenä*. Yhtä hyvin voi puhua *hiljaisesta tiedosta* tai vaikka *tietotaidosta*.

Kokemus, taito ja niihin pohjautuva tieto, tai ehkä paremminkin jonkinlainen *ymmärrys*, ovat asioita, jotka tavataan liittää erityisesti käytännöllisille aloille – käsityöammatteihin ja nyrkkipajoihin, joihin on turha kuvitella hyppäävänsä noin vain ainoastaan jonkinlaisen teoreettisen tiedon varassa. Ajatus ”teoreettisesti pätevästä” puusepästä, joka vuosia puun työstämistä kirjoista opiskeltuaan ryhtyy yhtäkkiä valmistamaan kauniita puutöitä, on kummallinen ja suorastaan huvittava. Siinä on yksinkertaisesti jotain perustavalla tavalla pielessä. Toinen mitä käytännöllisin ala on kieli. Kieltä on opittava *käyttämään*. Teoreettinen kielen opiskelu avaa ilman muuta siihen uusia näkökulmia ja voi myös tukea sen käyttöä huomattavasti. Silti ajatus vaikkapa ”teoreettisesti pätevästä” kirjailijasta tai puhujasta on jälleen surkuhupainen – suoranainen *hyvän* kirjailijan ja puhujan irvikuva, jossa kuulija jää odottamaan ”teoreettisesti pätevän” jälkeistä *muttaa*.¹¹²⁵

Tämä kaikki korostuu uskoakseni niin juridiikan yleensä kuin rikosoikeuden erityisestikin osalta juuri yleisten oppien saralla, joita siis itekin tutkin. Kimmo Nuotio on todennut yleisten oppien perusteiden olevan tiettyssä mielessä pohjimmiltaan ja ytimeltään *luonnonoikeudellisia*: ne johtuvat asian luonnosta – siitä, miten asiat yksinkertaisesti ovat. Ne tiivistyvät oikeuskulttuuriseen juristien hiljaiseen tekijäntietoon. Nuotio nimittääkin tätä yleisten oppien ydinsisältöä ”rikosoikeuden sisäiseksi luonnonoikeudeksi” sekä myös vahvan moraalisen sisällön omaavaksi ”ihmis- ja oikeuskäsityksemme heijastumaksi”.¹¹²⁶

Hahmottelemassani rikosoikeuden *maisemamallissa* on kyse nimenomaan tällaisesta erinäisiä ja erilaisia tarkoituksia varten laadittuja *karttoja* pysyvämmästä ja perustavanlaatuisemmasta – jollain tapaa *luonnollisesta* ajatuksesta siitä, mitä

¹¹²⁴ Ks. Karhu 2019b, joka hahmottelee *oikeudellisen kokemuksen* merkityksen tunnustavaa ja tunnustavaa oikeuslähteoppia. Puuparta on Tolkienin fantasiamaailman entti, joka luonnehtii omaa *kokemustaan* luvun aloittaneen sitaatin muodossa.

¹¹²⁵ Hyvänä esimerkkinä yrityksestä sanoittaa nimenomaan käytännöllistä oikeudellista tietoa ks. kokoelma *Konsten att rättsvetenskap. Den tysta kunskapen i juridisk forskning* (toim. Petter Asp ja Kimmo Nuotio, Iustus 2004), jossa tuolloin vielä (pääosin) nuoremmen polven oikeustieteilijät yrittävät nimenomaan käytännöllinen puoli edellä muistella, miten oikeuden tutkiminen itse kunkin saralla on alkanut. Esim. Andersson 2004 s. 45 puhuu oikeustieteilystä nimenomaan käsityönä ja suoranaisena taidemuotona. Aspile 2004 s. 66 oikeustiede ei lopulta ole muuta kuin ”rationaalista nikkarointia” (”Rättsvetenskap är inte annat än rationellt hemsnickrande.”). Myös esim. Hirvonen 2011 s. 4 painottaa oikeustieteen metodiikan osalta erilaisten työkalujen *tietämisen* ohella myös *taitoa* niitä käyttä. Kielen ja oikeuden osalta ks. esim. Samuelsson 2008 s. 166, joka viittaa Ferdinand Regelsbergerin sanoihin: ”Viele Menschen sprechen richtig, ohne sich der Sprachgesetze bewußt zu sein.”

Juridiikan(kin) saralla *Schreiber* on aina myös *Schreiner*.

¹¹²⁶ Nuotio 2003a s. 243–244 ja 247. Yleiset opit ovat suhteellisen pysyviä. Nuotio arveleeekin, ettei esim. Jaakko Forsmanin noin 100 vuotta sitten laatimien aiheita koskevien oppikirjojen käyttö yliopisto-opetuksessa vuonna 2003 aiheuttaisi ”mitään korvaamatonta vahinkoa” (s. 245). Niin Nuotio kuin vaikkapa Melanderkin toteavat rikosoikeuden yleisten oppien tutkimisen (niitä ensin tutkittuaan!) edellyttävän hidasta ”kypsyttelyä” (Nuotio 1998 s. vii ja Melander 2016 s. ix–x). Ks. myös Lehtonen 2003 s. 257, joka toteaa Bruno Latourin teoksessa *La fabrique du droit* (2002) oikeuden tekemisen ytimen tiivistyvän *epärointiin*, hitaaseen punnintaan, jossa vaihtoehtojen toimintatapojen koko valikoima yritetään pitää esillä mahdollisimman pitkään –, jossa erilaiset asiakirjat *kypsyttellään* päätöksen välineiksi.

rikosoikeus nyt vain yksinkertaisesti on – siis eräänlaisesta luonnonoikeudesta. Ajatus tulee Nuotion ohella lähelle vielä paljon vahvemmin luonnonoikeustieteilijäksi profiloitunutta Juha-Pekka Renttoa, joka hahmottelee oikeuksien systemaattista järjestystä seuraavalla tavalla:

”Where the natural law is a large scale chart of the human formality, the positive law is a small scale map of a few specific human possibilities. Where the natural law is an open landscape with just a few prominent landmarks, the positive law is like a network of roads intended to take us more easily to where we are headed.”¹¹²⁷

Edellä mainittu ei tarkoita, ettäkö teoreettinen, analyttinen ja jäsenneily tietämys olisi jotenkin huonoa tai ei-toivottavaa. Sen sijaan kyse on siitä, ettei tällainen tietämys kerta kaikkiaan ole ainut tapa tietää. Käsitoissa, kielessä ja myös oikeudessa ja taiteessakin olennainen osa tiedosta on ”hiljaista” – sitä ei yksinkertaisesti ole mahdollista ilmaista analyttis-teoreettisesti ja tiiviisti saatikka suoraviivaisesti välittää kenellekään. Jokaisen on koettava se itse, kasvetta siihen vähitellen – tunnistettava ja *tunnettava* se, kun sen näkee ja *kokee*. Mitä ikinä *se* sitten onkaan. Lymysipä se sitten vedessä, maassa tai ilmassa –, oikeussaleissa, ihmisoikeusartikloissa tai vaikka kirjastojen pölytynneillä hyllyillä.

Se, että tämä on tietysi valtavan ikävää ja pohjattoman rasittavaa oikeudellista tietoa vaikkapa tällaisen säälittävän väitöskirjan muodossa siirtävälle, ei muuta asiaa mihinkään. Alaviitteisiini asti uskaltanut ja siis erityisen tarkkaavainen lukijani on huomannut, etten monienkaan väitteideni ohella voi muuta kuin varustaa ne jo moneen kertaan saarnaamallani ohjeella: ”ks.” – *katso* (itse)!

Itse asiassa malliani voi pitää kaiken tähän asti esitetyn valossa lopulta varsin huonona – tai ainakin hyödyttömänä. On selvää, ettei se itsessään ratkaise yhtäkään rikoslainopillista, eikä ehkä rikosoikeusteoreettistakaan ongelmaa. Tämä on totta ja koko mallin ajatus. Yritän seuraavaksi kertoa, mitä hyötyä mallistani on. Aloitan yleiseltä rikosoikeusideologiselta tasolta, minkä jälkeen siirryn tuottamusopilliselle tasolle. Tutkimukseni viimeisessä jaksossa rohkenen vielä ulottaa mallilleni luulotteleman hyödyt käytännön juristien elämään – ja siis todellisten ja kouriintuntuvien elävän elämän ongelmien ratkaisemiseen.

4.1 Mitä hyötyä maisemasta ja kartoista on?

Rikosoikeuden maisemaa ja kartoja ilmentävä mallini on mahdollisimman yleinen kuvaus rikosoikeuden vastuupista. Tällaisena se mahdollistaa rikosvastuujärjestelmän hahmottamisen kokonaisuutena. Tämä auttaa näkemään asioita, jotka ruohonjuuritasolla operoitaessa jäävät helposti huomaamatta¹¹²⁸. Nostan seuraavaksi esiin muutaman tällaisen.

¹¹²⁷ Rentto 1992a s. 180.

¹¹²⁸ Esim. Claes Lernestedt 2004 s. 128–129 puhuu ”helikopterinäkökulmasta” eli nousemisesta ruohonjuuritason yläpuolelle. Vaikka Lernestedt ilman muuta katsoo sekä ruohonjuurien kanssa askartelevaa että abstraktimpaa ja laajempaa ”helikopteritutkimusta” tarvittavan, näyttäisi hän kuitenkin painottavan sitä, kuinka nimenomaan jälkimmäisen tarjoama laaja näkemyksellisyys ja kokonaisuuksien hahmottaminen tuntuisi jäävän oikeustieteellisissä tutkimusprojekteissa helposti puuttumaan. Eikä Lernestedt itse asiassa näyttäisi olevan valmis tällaisia loppujen lopuksi edes oikeiksi *tutkimuksiksi* kutsumaan...

4.1.1 Rikos hermeneuttisena kokonaisuutena

Tapio Lappi-Seppälä luonnehtii (Heinz Zipfiin viitaten) rangaistuksen määräämistä ”rikosoikeuden mikrokosmoksi”, joka pitää sisällään (paljon muun ohella) rikosoikeuden yleiset opit kokonaisuudessaan. Omassa ”suhteettoman laajassa” mittaamistutkimuksessaan Lappi-Seppälä tuleekin rakentaneeksi systemaattisen *verkon*, joka paitsi peittää rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän myös jäsentää rikosoikeuden yleiset vastuuoipit kauttaaltaan.¹¹²⁹ Tämä on mitä luonnollisinta ottaen huomioon nykyisin rikoslainkin (RL 6:4) tasolle kodifioitu ajatus siitä, kuinka rangaistuksen on oltava oikeudenmukaisessa suhteessa niin *rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin kuin tekijän syyllisyyteen* muutenkin. Hyvin samantapaisesti RL 3:7.2 velvoittaa huomioimaan huolimattomuuden törkeyttä arvioitaessa *kaikki tekoon ja tekijään liittyvät olosuhteet*. Mikäli näin haluaa toimia, ei rangaistuksen mittaamista tai huolimattomuuden törkeysarviointia koskeva perustutkimus oikein voi uskoakseni päätyä muuhun kuin jonkinlaisen (mikro)kosmoksen kokonaisvaltaiseen tarkasteluun.

Samaan tapaan Juha Karhu toteaa omassa sopimusten sovitteluharkintaa koskevassa vuoden 1988 väitöskirjassaan sovitteluinstituution sopimusoikeuden ”mikrokosmoksi”; sovitteluharkinnassa vaikuttavat sovitteluperusteet ovat kauttaaltaan sellaisia, että ne kuuluvat myös muiden sopimusoikeuden instituuttien mahdolliseen tunnusmerkistöön. Esimerkiksi *olosuhteiden olennainen muutos* on niin sovitteluperuste kuin edellytysopin ja muuttuneiden olosuhteiden opinkin tunnusmerkki. Lappi-Seppälän tapaan myös Karhu toteaa sovitteluharkinnan täsmentämisen merkitsevän sopimusoikeuden yleisten oppien läpikäymistä. Muista sopimusoikeuden yleisistä opeista (tai instituutioista) poiketen sovittelu merkitseekin hänen mukaansa yksittäisen näkökulman sijaan *kokonaisnäkökulmaa*. Edelleen paljolti Lappi-Seppälää muistuttavin sanakääntein Karhu päätyy rakentamaan sovitteluharkintaa varten kokonaisarviointimallin, joka perustuu niin oikeudellisten periaatteiden kuin tosiasiallisten perusteidenkin punninnalle lopputuloksena ollen ”*kohtuuttomuusarvo*”.¹¹³⁰ Lopulta Karhu toteaa, että sovitteluharkinnan tarkempi erittely edellyttäisi Suomen sopimusoikeuden yleisten oppien tarkempaa läpikäyntiä, viitaten tässäkin juuri Lappi-Seppälän väitöskirjaan. Karhu itse ei tällaiseen tarkkaan läpikäyntiin lähde, vaan keskittyy sen sijaan tarkastelemaan erilaisten laajempien ”sopimusmallien” keskeisiä eroja ja näistä edelleen johtuvia näkemyseroja koskien edellisten oikeusperiaatteiden määritelmiä ja painotuksia.¹¹³¹

Nähdäkseni sekä Lappi-Seppälän että Karhun väitöskirjat edustavat juuri sellaista kokonaisuuden (”mikrokosmoksen”) hallintaan tähtäävää otetta, jota etsin myös omassa tutkimuksessani. Karhusta poiketen olen Lappi-Seppälän tapaan yrittänyt tarkastella rikosoikeuden yleisiä oppeja melko tarkasti. Lappi-Seppälästä poiketen tulen Karhun tapaan yrittämään myös ymmärtää erilaisia ”rikosmalleja” tai rikosoikeusideologioita ja niiden vaikutusta ”rikosarvon” määrittämiseen. Niin

¹¹²⁹ Mikrokosmuksesta Lappi-Seppälä 1987 s. 2. Muuten ks. Lappi-Seppälän väitöskirjan käsittely I-osan kappaleessa 2.2.3.2.

¹¹³⁰ Pöyhönen 1988 erit. s. 249–250, 311–322 ja 365–366. Käytännössä Karhu erittelee neljä sovitteluperiaatetta (*kohtuusperiaate, sopimusvapaus, vaihdannan intressi ja heikomman hyvittäminen*) sekä joukon sovitteluperusteita, jotka jakautuvat sopimuksensääntöihin ja -ulkoihin, mutta joita ei lueta tyhjentyvästi (s. 255–311). Kohtuuttomuuden kokonaisarviointia Karhu täsmentää laskukaaviolla, jossa jokaiselle sovitteluperiaatteelle annetaan painoarvoasteikko, jonka puitteissa saatua ”kohtuuttomuusarvoa” voidaan sitten verrata Karhun asettamaan ”sovittelukynnykseen” (ks. erit. s. 313 pylväskaavio ja s. 327–328 esimerkki). ”Kohtuuttomuusarvon” osalta Karhu viittaa nimenomaisesti Lappi-Seppälän ”rangaistusarvon” käsitteeseen (s. 311).

¹¹³¹ Pöyhönen 1988 s. 367.

Karhusta kuin Lappi-Seppälästä poiketen vastaukseni tuottamusarvioinnin ongelmaan on lopulta systemaattisen verkon konstruoimisen sijaan *vapaa- oikeudellisempi*.

Rangaistuksen mittaamisessa voi siis eräänlaisena apuvälineenä käyttää ”rangaistusarvon” käsitettä. Esimerkiksi Ruotsin rikoslain rangaistuksen mittaamista koskeva BrB 29:1 käyttää juuri *straffvärde*-käsitettä¹¹³², joka kokoaa yhteen niin teon aiheuttaman vahingon tai vaaran kuin tekijän syyllisyydenkin. Kuten Lappi-Seppälä huomauttaa kyse on käytännöllisessä mielessä turhasta mittaamisen väliportaasta, jonka sijaan rangaistuksen osalta voisi (vaikkapa RL 6:4:n tapaan) suoraan puhua vain teon vahingollisuudesta ja vaarallisuudesta sekä tekijän syyllisyydestä. Samalla kyse voi kuitenkin tutkimuksen, ja siis teorian, tasolla olla hyödyllisestä ajattelua hahmottavasta abstraktiosta.¹¹³³ Rangaistus- tai tässä kohtaa pikemminkin *rikosarvon* käsite tarjoaa oivan käsitteen rikosoikeuden maisemamallini ymmärtämiseen.

Ajatukseni on, että rikoksen vakavuutta (sen (paino) ”arvoa”) on mahdollista jäsentää TEKIJÄN, TEON ja OIKEUSHYVÄN vahingoittamisen tai vaarantamisen kautta – aivan samoin kuin myös edellä mainittua rangaistusarvoa. Rangaistusarvon ja rikosarvon käsitteiden keskeisenä erona on se, että rangaistusarvoa määritettäessä rikoksen on jo todettu täyttyneen ja kyse on enää siis rangaistuksen määrästä. Kyse on toisin sanoen rangaistuksen määräämisen tai seuraamusjärjestelmän piiriin kuuluvasta kysymyksenasettelusta. Rikosarvon kohdalla ollaan sen sijaan vielä tilanteessa, jossa rikoksen täytyminen on epävarmaa. Kyse on vasta syyksi lukemista koskevasta vastuupillisestä kysymyksestä. Kannanotto tekijän tekemisten ”rikosarvosta” on samalla kannanotto siitä, täytyykö rikos. Tätä järjestelmätason eroa painottaakseni olen valinnut puhua rangaistusarvon sijaan nimenomaan rikosarvosta.¹¹³⁴

Nils Jareborg toteaa niin rikoslainsäätäjän kuin rikostuomarinkin toiminnan suuntautuvan lopulta rangaistusarvon arviointiin. Kysymyksenä on ensinnäkin, *onko tekijän rankaisemiseen hyviä syitä*, ja toiseksi, *kuinka ankarasti tulisi rangaista*.¹¹³⁵ *Rikosarvo* kiteytyy kysymykseksi siitä, onko hyviä (tai riittäviä) syitä katsoa tietty menettely rikokseksi. Lainsäätäjän näkökulmasta asiaan vaikuttavat ennen kaikkea kriminalisointiperiaatteet, sekä lisäksi toki ennen kaikkea poliittisluontoiset arvoarvostelmat. Lainkäyttäjän näkökulmasta tähän vaikuttavat ennen kaikkea lainsäätäjän jo säätämät rikostunnusmerkistöt ja niiden tulkinta, jonka osalta tiettyä sivuroolia näyttelevät myös arvoarvostelmat. Lopulta itse asia on kuitenkin hyvin pitkälti sama. Lainsäätäjä vain tarkastelee sitä yleisellä tasolla ja ilman valmiita rikostunnusmerkistöjä, lainkäyttäjä puolestaan aina yksittäistapauksellisesti ja annettujen rikostunnusmerkistöjen valossa. Lainsäätäjän toiminnassa poliittiset arvoarvostelmat ovat keskeisessä roolissa, lainkäyttäjän osalta puolestaan useimmissa tapauksissa mieluummin mahdollisimman vähäisessä roolissa. Olennaista on se, että lopulta kumpikin joutuu pohtimaan nimenomaan rangaistusarvoa – ja uskoakseni tähän tehtävään oma maisemamallini tarjoaa monella tapaa hyvät lähtökohdat.

¹¹³² BrB 29:1 merkitsee siis *straffvärde*-käsitteen legaali-määritelmää (Jareborg 2001 s. 52). Kyse on yhdestä ruotsalaisen seuraamusjärjestelmän keskeisimmistä käsitteistä (ks. Asp – von Hirsch 1999 s. 151). *Straffvärde*-käsitteestä (etenkin sen taustasta osana ruotsalaista 1900-luvun rikosoikeusideologista ja kriminaalipoliittista keskustelua, ja ehkä tämän keskustelun eräänlaisena 1900-luvun lopun huipentumana) ks. myös Sitte 1994–95.

¹¹³³ Lappi-Seppälä 1987 s. 641–642.

¹¹³⁴ Esim. Asp – von Hirsch 1999 s. 151 toteavat, että *straffvärde* voidaan periaatteessa rinnastaa siihen, mitä tarkoitetaan puhuttaessa *brotts svårhet*, mutta BrB:n lain esitöissä annetaan kuitenkin vaikutelma, ettei kyse olisi täysin samasta asiasta.

¹¹³⁵ Jareborg 1992 s. 62 ja Jareborg 2001 s. 62 ja 94. Jareborgille tuomarin ja lainsäätäjän suhde on dialektinen ja nämä ovat siis jatkuvassa vuorovaikuksessa (s. 125).

Vähintäänkin lähtökohdat, joita tavanomaiset ja vallitsevaassa asemassa vaikkapa kotimaisessa rikoslainopissa olevat rakennemallit eivät kykene tarjoamaan.

Rikoksen rakennemallit on totuttu rakentamaan *check list* -tyyppisiksi algoritmeiksi, joiden tarkoituksena on tarjota lainkäyttäjälle polku, jota orjallisesti etenemällä voidaan todeta jonkun rikostunnusmerkistön joko täyttyvän tai jäävän täyttymättä. Tämänkaltaiset rakennemallit sopivat sinällään hyvin yhteen rikosoikeuden joko/tai -luonteen sekä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kanssa; arvioidaan vuoron perään erilaisia rikosvastuun positiivis- tai negatiivisluonteisia edellytyksiä ja mikäli rikosvastuu ei niistä yhdenkään kohdalla sulkeudu pois, todetaan rikoksen täyttyneen. Tällaisen marssijärjestyksen toteuttaminen käy kuitenkin vaikeaksi lukuisissa erilaisissa tilanteissa. Missä järjestyksessä tulisi arvioida vaikkapa yhtäältä teon ja seurauksen välistä syy-yhteyttä sekä toisaalta tekijän teko-olosuhteita koskevaa erehdyttä? Entä mahdollisen pakkotilan anteeksiannettavuutta ja viestintäsalaisuuden mahdollisen loukkauksen oikeudettomuutta? Eikö vaikkapa osapuolten välinen sopimus voi vaikuttaa siihen, onko tekijän käyttäytymistä pidettävä aktiivisena toimena, passiivisena turvallisuusjärjestelyiden laiminlyöntinä, tai jonkinlaisena näiden välimuotona? Entä useisiin törkeisiin tekemuotoihin sisältyvä kokonaistörkeysvaatimus? Ehkä havainnollisin esimerkki *check list* -tyyppisten rakennemallien ongelmista on se, kunka vaikeaksi niin tahallisuuden kuin etenkin tuottamuksen sijoittaminen niihin on läpi 1900-luvun osoittautunut¹¹³⁶. Nykyisin tahallisuus ymmärretään melko vakiintuneesti rikosvastuun kannalta positiivisluontoiseksi tunnusmerkistön mukaisuuskysymykseksi. Samaan kategoriaan kuulunee myös tuottamus, jonka osalta vakiintunut erottelu yhtäältä tekoon ja toisaalta tekijään liittyvään huolimattomuuteen aiheuttaa kuitenkin tiettyjä rakenneopillisia vaikeuksia.

Ingeborg Puppe muistuttaa, että rikoksen rakenteen muodostamiseen on lukuisia erilaisia mahdollisuuksia. Yleinen tapa aloittaa tarkastelu lainkäyttötasolla tunnusmerkistön mukaisuudesta perustuu *tarkoituksen mukaisuuteen*, ei siihen, että tämä olisi jollain tapaa *oikea* tapa aloittaa tarkastelu. Aivan samaan tapaan Matti Tolvanen ja Jussi Tapani muistuttavat rikosoikeudellisen oikeuslähteopin olevan (ainakin periaatteessa) mitä yksinkertaisinta ”*avaa lakikirja -oikeuslähteoppiä*”¹¹³⁷. Mikäli muistaa käydä läpi soveltamansa erityisen osan tunnusmerkistön ja siihen ainakin välittömästi liittyvät yleisen osan säännökset, ei lähtökohtaisesti pitäisi päätyä ainakaan kovin pahasti harhaan. Tämä on käytännön lainkäyttäjän kannalta usein mitä *tarkoituksen mukaisin* tapa lähtestyä rikosta ilman, että tämä tarkoittaisi sen olevan välttämättä kovinkaan hyvä tapa *ymmärtää*, mistä rikoksessa on kyse. Puppe toteaa rikoksesta voitavan yleisellä tasolla sanoa ainoastaan sen olevan asiaintila, ja hyvin monimutkainen sellainen. Siihen kuuluu pelkän käyttäytymisen ohella lukuisia muita elementtejä, jotka ovat jonkinlaisessa suhteessa toinen toisiinsa. Konkreettinen rikos on lopulta näiden kokonaisuus. Puppen mielestä rikoksen rakennetta koskeva keskustelu kärsii sekaannuksesta, joka aiheutuu siitä, ettei keskusteltaessa yleensä huomata tehdä eroa yhtäältä yksittäisten rikoksen elementtien välisten sisällöllisten ja loogisten suhteiden kuvailun ja toisaalta yksittäistapausten tutkimisen välille. Puppe

¹¹³⁶ Ks. esim. Utriainen 1984, jossa käsitellään ylipäättään syyllisyyden käsitteen alati vaihtelevaa asemaa rikosoikeuden rakenneopeissa. Konkreettisena ja tuorempana esimerkkinä siitä, kuinka niin ”syyllisyyden” kuin ”syyksiluettavuudenkin” (ja edelleen myös vaikka ”vastuullisuuden”) käsitettä voi käyttää eri tavoin ks. vaikkapa Hyttinen 2015 s. 53–56.

¹¹³⁷ Tapani–Tolvanen 2013 s. 100. ”Aava lakikirja -oikeuslähteoppi” on terminä peräisin Kauko Wikströmiltä 2005 s. 273. Samoin Hyttinen 2015 s. 91–92, 99–100 ja 140–141. Vrt. Tapani–Tolvanen–Hyttinen 2019 s. 147–155, jossa asia esitetään (ainakin rikosoikeuden yleisen osan oppikirjan vuoden 2013 painosta) monimutkaisemmassa valossa.

siis väittää, ettei rikoksen loogisesti oikea kuvaaminen ole identtinen rikoksen yksittäistapauksellisen olemassaolon toteamisen (tai koettelemisen) kanssa. Puppe vertaa käytännön oikeustapauksia ratkaisevaa juristia kivi kiveltä kantavia rakenteita pystyttävän rakennusmestarin sijaan biologiin, joka tarkastelee kohdettaan vähä vähältä mikroskoopin linssellä tarkemmaksi vaihtaen; aluksi tarkastellaan karkeasti tunnusmerkistön mukaisen seurauksen ja tekijän käyttäytymisen kausaalista yhteenkuuluvuutta. Tämän jälkeen tutkitaan käyttäytymistä yhä tarkemmin ja tarkemmin erilaisista rikosoikeudellisesti relevanteista ominaisuuksista käsin.¹¹³⁸ Erityisesti saksalaisissa rikosoikeuden yleisen osan oppikirjoissa ajatus yksittäisten rikosoikeustapausten ratkaisemisesta esitystä kohta kohdalta seuraamalla on käsin kosketeltava. Tästä kertovat jo pelkät rakenneoppiin viittaavat käsitevalinnat: ”Prüfungsschritt”, ”Prüfungsaufbau”. Pohjoismaissa etenkin systemaattis-analyttisesti suuntautuneet rikoslainoppineet ovat puhuneet ”marssijärjestyksestä”¹¹³⁹. Puppe korostaa tieteellisen järjestelmän olevan tieteen tekijän työkalu tietämyksensä hankkimiseen ja järjestämiseen. Ja kuten jokainen hyvä käsityöläinen, myös oikeustieteilijä ymmärtää antaa arvoa hyvälle työkaluille ja niistä huolta pitämiselle.¹¹⁴⁰

Uskoakseni yksikään nykyisistä kotimaisista rikoksen rakennemalleista ei ole kovinkaan onnistunut, mikäli tavoitteena on hankkia ymmärrystä siitä, mitä rikosoikeudellinen tuottamus on. Yksittäisiä tuottamustapauksia voi toki ratkoa aukomalla lakikirjaa oikeiksi katsomistaan kohdista ja tulkitsemalla parhaan kykynsä mukaan sieltä löytyviä normeja. Tähän ei välttämättä tarvitse muuta kuin sisälukutaitoa ja perustavanlaatuista juridista, poliittista ja eettistä ymmärrystä. Rikosoikeudellista tuottamusta koskevan ymmärryksen kartuttamiseen tai sitä koskevan käsityksen kuvaamiseen tämä ei kuitenkaan ole uskoakseni kovinkaan hyvä toimintamalli – tai ainakaan se ei voi jäädä *ainoaksi* tavaksi ymmärryksen hankinnassa.

Lopulta en usko kattavuuteen tähtäävien *check list* -tyyppisten esitysten olevan kovinkaan toimivia myöskään käytännön rikosoikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta. Rikosoikeudellisia ratkaisuja kun ei tehdä vetämällä rukseja esimerkiksi seuraavanlaisiin luetteloihin:

- sovellettava kriminalisointi ei ristiriidassa PL:n kanssa
- vähintään 15 vuoden ikä
- syyntakeisuus
- aktiivinen teko tai laiminlyönti
- tunnusmerkistön mukainen seuraus tai vaara
- syy-yhteys
- tahallisuus tai tuottamus
- ei tunnusmerkistön mukaisuuden poissulkevia perusteita (esim. tunnusmerkistöerehdys, vaaran vähentäminen, yhteinen riskinotto tai viranomaislupa)
- ei yleisiä oikeuttamisperusteita (esim. hätävarjelu, pakkotila, voimakeinojen käyttö, jokamiehen kiinniotto-oikeus, itseapu)

¹¹³⁸ Puppe 2007 erit. s. 389–392 ja 401–402.

¹¹³⁹ Esim. Lohse 2014 s. 181–182, Korkka 2015 s. 53 ja Martinsson 2016 s. 61–62.

¹¹⁴⁰ Puppe 2006 s. 14; ”Ein wissenschaftliches System ist ein Werkzeug des Wissenschaftlers zur Gewinnung und Einordnung seiner Erkenntnisse, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Und was ein guter Handwerker ist, der legt auch Wert auf gutes und gepflegtes Werkzeug.”

- ei yleisiä anteeksiantoperusteita (esim. hätävarjelun liioittelu, anteeksiannettava pakkotila, voimakeinojen käytön anteeksiannettava liioittelu, vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys, esimiehen käsky, kieltoerehdys)
- ei mitään muuta ajateltavissa olevaa vastuun poissulkevaa perustetta (esim. sosiaaliadekvanssi, ”cultural defence”)

...

Eikä rikosasioita koskevia ratkaisuja edes laadita tällaisiksi kaikenkattaviksi loogis-syllogistisiksi esityksiksi. Ainakaan tällaiseen ei ole nähdäkseni syytä. Sen sijaan rikosoikeudelliset ratkaisut syntyvät ja ne myös kannattaa synnyttää yrittämällä pohtia sitä, mikä kulloisessakin tapauksessa on *rikosoikeudellisesti relevanttia*. Yksi tällainen seikka on ilman muuta se, että rikostunnusmerkistö (niin rikoslain erityinen kuin yleinenkin osa) täytyy eikä käsillä ole vastuun poissulkevia perusteita. Tämän toteaminen ei kuitenkaan tapahdu käymällä mekaanisesti läpi kaikki rikosoikeudellisesti mahdolliset relevantit asiat tietyssä järjestyksessä. Sen sijaan asiaa ratkaiseva henkilö pyrkii löytämään sen, mikä juuri kyseessä olevassa asiassa on asian ratkaisemiseen käytettävissä olevien resurssien puitteissa tärkeintä. Tämä edellyttää dynaamista rikoksen rakenneoppia. Mallia, joka kykenee paitsi esittämään sen, minkä seikkojen ainakin on oltava käsillä myös sen, millaisessa suhteessa ne ovat toisiinsa, ja millaisia eri tapoja itse kunkin arvioimiseen on.

Edustan tältä osin hyvin samanlaista kuvaa vastuupista kuin vaikkapa Ari-Matti Nuutila. Vastuupista on turha yrittää rakentaa aukotonta palapeliä, jossa tarkkarajaiset käsitteet muodostavat kattavan kokonaisuuden. Kukaan ei ole päässyt vielä lähellekään mallia, jossa vaikkapa teon, laiminlyönnin, syy-yhteyden, tuottamuksen, vaarantamisen tai tahallisuuden kaltaiset käsitteet kyettäisiin erottamaan toisistaan irrallisiksi ja vaiheittaisiksi tarkastelun kohteiksi. Osittain samat ihmiselämän aspektit vaikuttavat näistä useamman arviointiin ja lisäksi itse kunkin kohdalla tehtävät valinnat ovat suhteessa toinen toisiinsa. Uskon, että rikosoikeudelliset vastuukysymykset on syytä yrittää kohdata valmiiden algoritmien sijaan dynaamisen vastuupoin muodossa.

Havainnolliseksi esimerkiksi käy KKO 2019:98, jossa rikosoikeudelliseksi ongelmaksi muodostui ennen kaikkea se, oliko hoito-ohjeita rikkonut terveyskeskuslääkäri aiheuttanut sydäninfarktipotilaan kuoleman RL 21:8:n tarkoittamalla tavalla. Tapauksessa on turha käyttää aikaa ja vaivaa jonkinlaisen ”faktisen” ja todennäköisyyksiin sidotun syy-yhteyden pyörittelyyn sellaisen näytön varassa, joka ei yksinkertaisesti edes vastaa koko kysymykseen. Tapauksessa olisi paljon hedelmällisempää todeta vaikkapa syy-yhteyden sinällään olevan käsillä jo sillä perustella, että terveyskeskuslääkärin toiminnalla selvästi oli ollut vaikutusta potilaan kuolemaan. Tämän jälkeen suurimman ajan ja vaivan voisi käyttää esimerkiksi Nuutilan tuottamusmallin mukaiseen huolimattomuuden relevanssin pohtimiseen.

Oma vastaukseni ongelmaan on rikosoikeuden perustavanlaatuinen maisemalli, jonka puitteissa yksittäisiä rikoslainkäytöllisiä ongelmia voi lähestyä useiden erilaisten karttojen avulla. Olennasta on se, ettei mallini lyö lukkoon minkäänlaista ”marssijärjestystä” tai algoritmia siitä, miten ja missä järjestyksessä rikoksen olemassaolo missäkin yksittäistapauksessa pitäisi todeta. Sen sijaan se määrittää ne vähimmäisehdot, mitä jokaisen rikokseksi luonnehdittavan teon on täytettävä

(TEKIJÄ aiheuttaa TEOLLAAN negatiivisen seurauksen OIKEUSHYVÄLLE). Lisäksi se havainnollistaa niitä loogiseksi katsomiani suhteita, joita kyseisten osatekijöiden välillä vallitsee määrittäen näin lähtökohtat sille, millaisia karttoja rikosvastuun täsmällisempää tarkastelua varten on mahdollista piirtää ja omaksua. Mikäli esimerkiksi lainsäätäjä on katsonut asiakseen osallistua karttojen laadintaan, on lainkäyttäjän oikeuslähdeopillisen käsityksensä puitteissa tietysti noudatettava tätä. Esimerkiksi seuraustahallisuuden niin sanottu alaraja on ratkaistava RL 3:6:n mukaisen todennäköisyystahallisuusmallin mukaisesti. Sen sijaan vaikkapa kausaalisuutta koskevien kysymysten osalta lainsäätäjä ei ole juuri karttoja piirrellyt, minkä johdosta lainkäyttäjän on mahdollista omaksua lukuisia erilaisia arviointimalleja.

Uskoakseni rikosvastuu tulisi hahmottaa hermeneuttisena kokonaisuutena, jota hahmottelemani maisemamalli erilaisina karttoineen ilmentää. Erityisen selvää tämä on puhuttaessa sellaisista *kokonaisarviointia* edellyttävistä rikosvastuuta koskevista instituutioista kuin vaikkapa huolimattomuus, tai vaikka ”rikos- tai rangaistusarvo”.

4.1.2 Rikosoikeudelliset ideologiat ja niistä seuraavat painotukset

Kaikesta perustavanlaatuisuudestaan ja jopa eräänlaisesta ”luonnollisuudesta” huolimatta hahmottelemani rikosoikeuden maisema ei ole minkäänlainen fysikaalinen luontokohde. Sen sijaan se on ajatuksen tasolla oleileva *mielenmaisema*. Se on minun mieleni tuotosta, minkä johdosta ole käyttänyt tutkimukseni alkupuolen sen osoittamiseen, että käsitykseni perustuu melko kattavaan kuvaan kotimaista rikoslainoppia. Se ei ole *mielivaltainen* sikäli, että olisin sen vain yksikseni jostain keksinyt. Sen sijaan minulla on esittää sille *perusteet*, jotka siis kiteytyvät ennen kaikkea kotimaista rikoslainoppia (tai traditiota) koskevaan ymmärrykseeni ja osaamiseeni. Mielen tuotoksena se ei ole irrallaan mitä erilaisimmista ideologioista.

Nils Jareborg määrittelee ideologian *ajatusjärjestelmään kuuluvaksi ja jotain todellisuuden näkökulmaa koskevaksi perustavanlaatuiseksi käsitykseksi*. Esimerkiksi rikosoikeudellinen ideologia muodostuu Jareborgin mukaan perustavanlaatuisesta rikosta ja rangaistusta koskevasta käsityksestä. Jokainen rikosoikeudellinen ideologia on edelleen riippuvainen ”suuremmista” uskonnollisista, eettisistä ja poliittisista ideologioista. Näkemykset Jumalan/jumalien/jumalattomuuden ja ihmisten suhteista, yhteiskunnan optimaalisesta organisaatiosta, kausaalisista mekanismeista ynnä muusta kaikesta eivät voi olla vaikuttamatta käsityksiimme rikoksesta ja rangaistuksesta. Rikosoikeuden saralta Jareborg erittelee viisi toisistaan loogisesti riippumattomaksi katsomaansa ideologista vastakkainasettelua, joita koskevien valintojen tai painotusten osalta erilaiset kombinaatiot ovat siis mahdollisia: 1) oikeusvaltio / tehokkuus, 2) suhteellisuus / preventio, 3) humanisuus / law & order, 4) radikalismi / kollektivismi sekä 5) itsekriittinen / moralistinen. Jareborgin oma toive on, että vastakohtapareista ensimmäiset voisivat hallita hänen omaa yleisten oppien esitystään – ainakin siinä määrin kuin voimassa oleva oikeus ei aseta tälle ylitsepääsemättömiä esteitä!¹¹⁴¹

Erilaisia ideologioita ja niitä koskevia jaotteluita voi tietysti keksiä mitä erilaisimpia. Esimerkiksi Jareborg itse on toisessa yhteydessä eritellyt kolme erilaista

¹¹⁴¹ Jareborg 2001 s. 68–72. ”På samma sätt som det finns behov av att i ett rättssystem skilja mellan principer och regler, finns det i vetenskapen, etiken och politiken ett behov av att skilja mellan ideologier och teorier. Vetenskap handlar i sina grundläggande delar mer om att skapa verklighet än om att beskriva verklighet.” (s. 68)

”rikosideologiaa” (brottsideologier)¹¹⁴², jotka vastaavat kysymykseen siitä, *mikä rikoksesta tekee lopulta hylättävän ja ei-toivottavan – mikä on rikoksen luonne*. *Primitiivinen* ideologia näkee rikoksen tottelemattomuutena, ennen kaikkea hallitsijaa kohtaan. *Kollektiivinen* ideologia näkee rikoksen pikemminkin välinpitämättömyydeksi – puuttuvaksi oikeudentunnoksi yksilöllisen hallitsijan sijaan pikemminkin kollektiivisempaa lain auktoriteettia kohtaan. Viimeinen ja *radikaali* ideologia siirtää huomion pois rikoksentehtäjän asenteesta siihen oikeusjärjestelmän suojaamaan arvoon tai intressiin, jota ”kriminalisoinnin ansaitseva käyttäytyminen” loukkaa. Kaksi ensimmäistä ideologiaa keskittyvät toisin sanoen rikoksentehtijään ja tämän suhteeseen joko yksilölliseen hallitsijaan tai yhteisöllisempään oikeusjärjestykseen. Viimeinen ideologia siirtää painopisteen sen sijaan tekoon ja sen suhteeseen mahdolliseen uhriin. ”Syvällisemmällä” eettis-metafyysisellä tasolla kyseinen ero kiteytyy *luonne-etiikan* (sinne-lagsetik) ja *käyttäytymis-* tai *seurausetiikan* (handlingsetik tai resultatsetik) väliseen erotteluun. Rikosoikeudelle tutummalla kielellä kyse on ennen kaikkea *syylisyyden* roolista rikosvastuun kannalta – siitä, käsitetäänkö syylisyys rikosvastuun kannalta *perustavaksi* (inculperande) vai *rajoittavaksi* (exculperande).¹¹⁴³

Jareborg ei kyseistä vuodelta 1992 peräisin olevaa rikosideologiasta erittelyä tehdessään tavoitellutkaan jonkinlaista historiallista kattavuutta tai täsmällisyyttä. Sen sijaan Jareborg pyrki osoittamaan, että ideologisilla lähtökohdilla todella on merkitystä sille, millaiseksi rikosoikeus sisällöllisesti muodostuu. Valitettavasti ideologioiden ja rikosoikeusdogmatiikan välisiä korrelaatioita ei Jareborgin mukaan ollut kovinkaan vakavissaan yritetty tutkia.¹¹⁴⁴ Yritän seuraavaksi jotain hieman tämän suuntaista. Tarkoitukseni ei ole mallintaa kattavasti mitä erilaisimpien maailmankatsomuksellisten ideologioiden ja rikoksen rakenneopin vuorovaikutussuhdetta. Sen sijaan tavoitteeni on vaatimattomammin osoittaa aluksi, kuinka rikosoikeuden maisemamallini on nähdäkseni varsin havainnollisella tavalla yhteensovittavissa tietyn perustavanlaatuisen ideologisen jaottelun kanssa. Tämän jälkeen pyrin kuvaamaan ennen kaikkea tuottamukseen liittyviä painotuksia ideologisesti painotetun maisemamallini puitteissa. Hyödyntämäni ideologinen jaottelu perustuu ennen kaikkea George Fletcherin sekä Nicola Lacey'n suorittamiin perustavanlaatuisiin jaotteluihin.

George Fletcher rakentaa oikeutta koskevan ymmärryksensä vertailun varaan. Tärkeitä vertailukohteita Fletcherille ovat niin toiset oikeudenalat kuin ulkomaiset oikeusjärjestelmätkin.¹¹⁴⁵ Rikosoikeuden osalta vertaileva ja tätä kautta eräänlaisten

¹¹⁴² Josef Zila 2002 s. 745–746 huomauttaa Jareborgin tekemän eron *rangaistusideologioiden* (straffrättsideologier) ja *rikosideologioiden* (brottsideologier) välille. Ensimmäisissä on kyse rangaistuksen oikeutuksesta, jälkimmäisissä rikoksen moitittavuudesta. *Rikoksen* ja *rangaistuksen* välinen suhde on mitä monimutkaisin. Yhtäältä rikos on rangaistava teko, toisaalta rangaistus on reaktio rikokseen. Ks. esim. Frände 2012a s. 1–3. Kyse on *muna vai kana* -tilanteesta, jonka ymmärtämiseksi saattaa olla loppujen lopuksi parasta lukea Dostojevskia.

¹¹⁴³ Jareborg 1992 s. 96–117. Ks. myös Lernerstedt 2013 s. 267–270 ja 285–286, joka puhuu eritasoisista rikosoikeuden taustalla vaikuttavista ideologioista katsoen niiden pohjalta muodostetun rikosoikeusjärjestelmän ajatusrakennelmaksi, jonka vakaus riippuu muun ohella siitä, kuinka harmonisessa tilassa erilaiset taustaideologiat ovat. Ks. myös Lernerstedt 2010 s. 19.

¹¹⁴⁴ Jareborg 1992 s. 97. Ks. myös Zila 2002 s. 474–450, joka niin ikään toteaa kysymyksen rikosideologioiden ja voimassa olevan oikeusjärjestelmän puitteissa käytössä olevan rikoskäsitteen välisestä suhteesta mielenkiintoiseksi, mutta huomattavan syvällistä tutkimusta edellyttäväksi. Kotimaisen varsin yleisen tason hahmotelman aiheesta tarjoaa esim. Nuotio 1991a erit. s. 1004–1007, jossa hän pohtii erilaisia rikosoikeudellisia systeemien malleja, tausta-ajatuksia ja taustateorioita Juha Karhun väitöskirjassaan erittelemien – ja itsekin jo useampaan kertaan sivuamieni – *sopimusmallien* innoittamana.

¹¹⁴⁵ Ks. Fletcher 2002, jossa tämä tunnustaa kyvyttömyytensä ylipäänsä ajatella ilman vertailua (s. 291). Esim. rikos- ja vahingonkorvausoikeus koskevat Fletcherin mukaan siinä määrin samoja asioita, että hän ihmettelee, miten ylipäänsä on mahdollista työskennellä vain toisen parissa (s. 291–292). Ks. myös Fletcher 2000a, jossa Fletcher toteaa rikosoikeustieteilijöiden varjelleen vielä 1900-luvulla omia oikeusjärjestelmiään vierailta vaikutteilta jonkinlaisten uskonnyhteisöjen pappien tavoin, mutta ennakoii 2000-luvulla edessä olevan kansalliset ennakkoluulot ylittävää ja aavistuksen yleisemmällä tasolla liikkuvaa dogmatiikkaa (s. 253). Fletcher korostaa myös tältä osin, etteivät niin luonnon- kuin

vastakohtien varaan rakentuva ajattelu näkyy hyvin Fletcherin rikosoikeuden yleisten oppien esityksessä *Basic Concepts of Criminal Law* (1998), joka on rakennettu 12 dikotomisen ja kaikkialla länsimaissa rikosoikeuden perustan muodostavan käsiteparin varaan. Kyse on länsimaisen rikosoikeuden universaalista ”syvärakenteesta” – rikosoikeuden ylikansallisesta ”kieliopista”, joka hakee jatkuvasti tasapainoa vastakkaisten dialektisten poolien välillä.¹¹⁴⁶ Teoksessaan *The Grammar of Criminal Law* (2007) Fletcher jatkaa universaalin (joskin edelleen toki länsimaisen) rikosoikeuden perustavanlaatuisen kieliopin hahmottelua. Keskeiseksi rikosoikeusteoreettiseksi jaotteluksi nousee Fletcherin suorittama erottelu kolmeen erilaiseen rikosoikeuden tyyppiin, jotka kaikki vastaavat hieman eri tavoin kysymykseen siitä, miksi jostain tai jotakuta rangaistaan. Näistä ensimmäinen on *tekosuuntautunut rikosoikeus* (act-based criminal law, Tatstrafrecht), tai *tekorikosoikeus*, kuten sitä Suomessa tavataan nimittää¹¹⁴⁷. Ajatuksena on se, että tekijän suorittama teko (tai laiminlyönti) on viime sijassa se seikka, josta häntä moititaan ja rangaistaan. Toisena vaihtoehtona on *syylisyyssuuntautunut rikosoikeus* (guild-based criminal law, Gesinnungsstrafrecht), jossa tärkeimmäksi rikosoikeudellisen arvioinnin kohteeksi nousee tekijän syylisyys. Kolmantena vaihtoehtona Fletcher esittää *tekijäsuuntautuneen rikosoikeuden* (actor-based criminal law, Täterstrafrecht), jossa arvioinnin ensisijaisena kohteena on sen sijaan tekijä, jonka voidaan esimerkiksi ajatella ilmaisevan tekemistensä ja tekemättä jättämistensä kautta luonnettaan. Erilaisista ajan mittaan vaihtelevista painotuksista huolimatta Fletcher korostaa, ettei yksikään rikosoikeuden tyypeistä ole siinä määrin ylivoimainen, että voisi argumentatiivisesti syrjäyttää kaksi muuta.¹¹⁴⁸

Nicola Lacey pyrkii luomaan yhtäältä doktrinaalis-filosofisesti suuntautuneen rikosoikeusteorian ja toisaalta sosio-historiallisen rikosoikeustutkimuksen välisen dialogin ajatuksenaan, että tämänkaltaisen monitieteinen ja poikki-institutionaalinen tulokulma tarjoaa kaikkein valaisevimman perspektiivin rikosoikeudellisen vastuullisuuden ymmärtämiseen. Lacey katsoo rikosoikeusteoreetikkojen rajoittuneen mielenkiintonsa osalta useimmiten lähinnä erilaisiin muodollis-käsiteellisiin rakennuspalikoihin, joiden varaan rikosoikeudellinen vastuuoppi rakentuu. Tällainen käsiteellinen kehikko on usein (käytännössä pitkälti oma maisemamallinikin mukaan lukien) ilmaistu muotoilulla: *“actus non facit reum nisi mens sit rea”*¹¹⁴⁹, jonka Lacey toteaa paitsi tyyliinlämmäksi latinaksi myös vakavasti harhaanjohtavaksi.¹¹⁵⁰ Lacey itse pyrkii juurikin Fletcherin innoittamana kartoittamaan rikosoikeusajattelua erilaisten

hengentietetkään tunne vaikkapa valtiorajoja, koska sekä luonto että ihmiset ovat lopulta samanlaisia (s. 240). Ks. vielä Fletcher 1998b s. 285, jossa tämä muistuttaa aineellisen rikosoikeuden järjestelmissä olevan (vähintäänkin länsimaiden keskuudessa) paljon enemmän yhteistä, kuin yleisesti ehkä luullaan. Tämän yhteisen aineksen löytäminen edellyttää kuitenkin askelta taaksepäin yksityiskohdista ja säännösten kielellisistä variaatioista.

¹¹⁴⁶ Fletcher 1998a s. vii, 4–6 ja 212. Kirja on alun perin suunnattu venäläisille oikeustieteen opiskelijoille johdannoksi länsimaiseen rikosoikeusajatteluun. Ks. myös Fletcher 1998b s. 281; “One should not underestimate the importance of articulate opponents or intellectual enemies in developing the profile of an academic field. Positivism needs to attack the ‘dogmatism’ of natural law, as natural law needs to attack the ‘moral arbitrariness’ of positivism. The economists need arcane and inefficient rules to criticize, and corrective justice could not have taken off unless the economists were there to serve as an appropriate and influential target.”

¹¹⁴⁷ Esim. Koskinen 1973 s. 1 yhdistää *tekorikosoikeuden* laillisuusperiaatteeseen – siihen, kuinka rangaistuksen perusteena on korostetusti yksittäinen, tunnusmerkistön mukainen teko. Eivätkä siis tekijän yleisemmät persoonallisuuspiirteet, kuten *tekijärikosoikeudessa*.

¹¹⁴⁸ Fletcher 2007 s. 27–37.

¹¹⁴⁹ Kyse on juridiikan osalta yleensä Edward Coken nimiin laitetusta ja siis 1600-luvulle peräytyvästä maksimista (esim. Fletcher 2000b s. 688 ja 701). Maksimiin juuret lienevät tietystikin vielä paljon vanhemmat. Yhtenä alkuperistään voitaneen pitää Augustinuksen opetusta Jaakobin kirjeen kohdasta 5:12, jossa hän käyttää muotoilua: “reum linguam non facit nisi mens rea” (ks. Cavallin 1999 s. 105–107).

¹¹⁵⁰ Lacey 2001 s. 351–352, 363 ja 371. Ks. myös Lacey 2016 s. 2–3 ja 13–14, jossa Lacey painottaa oikeuden ymmärtämistä paitsi normatiivisena doktriinina ja käsitejärjestelmänä myös tosiasiallisina käytäntöinä ja sosiaalisina rooleina, joilla on yhteiskunnallisia funktioita ja merkityksiä. Nähdäkseni Lacey’n ajattelu on varsin lähellä Kaarlo Tuorin ajatusta oikeuden “kaksista kasvoista”.

rinnakkaisten rikosvastuuta koskevien periaatteellisten lähtökohtien kautta. Tältä pohjalta hän erittelee kolme rikosoikeudellisten vastuukäsitysten perhettä, jotka poikkeavat hieman Fletcherin edellä hahmottelemista rikosoikeustyypeistä.

Ensimmäinen tapa käsittää rikosoikeudellinen vastuullisuus on keskittyä tekijän kapasiteettiin eli tämän kognitiivisiin ja volitiivisiin kykyihin. Tältä osin on mahdollista painottaa niin tekijän suorittamia valintoja (choice) kuin tämän mahdollisuutta valintoihin (opportunity). Lisäksi kyseistä painotusta voi perustella mitä erilaisimmin tavoin. Joka tapauksessa kyse on subjektivismista, jossa painopiste on tekijän mielentilassa. *Toinen* tapa rikosvastuun mieltämiseen on keskittyä tekijän mielentilojen sijaan tämän luonteeseen. Luonnetta koskeva ajattelu on mahdollista rakentaa ylimalkaiseksi tekijän luonnetta ylipäänsä koskevaksi (overall-character principle) tai tarkemmaksi nimenomaan tietyn käyttäytymisen ja sen kautta ilmenevän tekijän luonteen arvioimiseen (more cautious form). Tekijän luonnetta painottava ajattelu on lopulta varsin lähellä edellistä kapasiteettia koskevaa ajatusmallia. Ensimmäinen painottaa enemmän tekijää yleensä, jälkimmäinen juuri tiettyä tekijän suorittamaa tekoa. *Kolmas* rikosvastuuta koskeva ajattelun malli lähtee liikkeelle siitä, mitä teot ja tekemättä jättämiset saavat ulkoisesti aikaan.¹¹⁵¹

Teoksessaan *In Search of Criminal Responsibility* (2016) Lacey kytkee edellä mainitut *kapasiteettiin* (capacity), *luonteeseen* (character) ja *lopputulokseen* (outcome) kiteytyvät rikosoikeudelliset ideat viimeisten 250 vuoden aikaiseen kehitykseen Englannissa ja Walesissa. Samalla Lacey kehittää kyseisiä ideoita edelleen ja täydentää niitä vielä neljännellä *riskin* käsitteeseen perustuvalla idealla (risk).¹¹⁵² Lacey väittää, että kolme ensimmäistä ovat tunnistettavissa englantilaisessa rikosoikeudessa läpi tarkastelujakson siten, että niiden kulloinkin keskinäinen painoarvo on ajan myötä vaihdellut. Viimeisen ja siis Lacey aiempiin esityksiin nähden uuden riskiperusteisen ajattelumallin Lacey tunnistaa sen sijaan vasta 1900-luvun lopun ja 2000-luvun alun ilmiöksi.

Tarkemmin ottaen Lacey väittää 1700-luvun englantilaisen rikosoikeuden rakentuneen huonon luonteen (bad character) näyttämisen ja arvioinnin varaan siten, että aristoteeliseen hyve-etiikkaan, kristilliseen doktriiniin sekä David Hume empirismiin pohjautuva character-vastuu dominoi rikosoikeutta. Myös capacity-vastuulla oli tiettyä merkitystä etenkin vakavimpien rikosten kohdalla ja myös merkitystään vähitellen kasvattavien defence-vastuuvapausperusteiden osalta. Outcome-vastuun asema oli läpi 1700-luvun varsin marginaalinen.¹¹⁵³ 1800-luvun puoliväliin tultaessa tekijän identiteetin sijaan ennemminkin tiettyyn tekoon liittyvä *mens rea* nousi keskeiseen asemaan rikosvastuun edellytyksenä ja sen merkitys myös psykologisoitui siten, että luonteen sijaan olennaista oli tietäminen ja tahtominen. Näin capacity-vastuu syrjäytti character-vastuun rikosoikeudellista ajattelua dominoivana lähtökohtana. Myös outcome-vastuu kasvatti rooliaan säilyen kuitenkin vielä ideologisessa periferiassa.¹¹⁵⁴ 1900-luvulla *mens rea* -periaate ja capacity-vastuu sen taustalla kasvattivat edelleen dominanssiaan siten, että seurausetiikkaan pohjaava outcome-vastuu kuitenkin muodosti eräänlaisen toisen ajattelullisen valtapoolin.

¹¹⁵¹ Lacey 2007 erit. s. 233–239.

¹¹⁵² Kaikkiin neljään liittyy toki edelleen hieman erilaisia painotuksia ja suoranaisia varianteja. Esimerkiksi Lacey itsensä painottama capacity-vastuu voi ilmetä jo edellä esitetyn tavoin joko ennen kaikkea tekijän subjektiiiviseen tietoon ja tahtoon kytkeytyvänä *valintana* (capacity as choice) tai objektiivisempänä *reiluna mahdollisuutena* (capacity as fair opportunity) toisin toimimiseen (ks. erit. Lacey 2016 s. 28–30).

¹¹⁵³ Lacey 2016 s. 33 ja 136. Lacey nimittää ajanjaksoa *The Era of Character*.

¹¹⁵⁴ Lacey 2016 s. 138–145. Tästä ajanjaksosta Lacey käyttää nimitystä *The Era of Transition*.

Character-vastuu sen sijaan syrjäytyi aineellisesta rikosoikeudesta lähinnä rangaistuksen mittaamiseen liittyväksi seikaksi.¹¹⁵⁵ 1900-luvun lopussa ja 2000-luvun alussa vastuuarvioinnin tavat pluralisoituivat entisestään siten, että edelleen keskeisten capacity- ja outcome-vastuiden rinnalle nousi uudenlainen risk-vastuu, jonka osalta Lacey viittaa niin tekijään kuin tämän tekemisiinkin kohdistuviin riskiarviointeihin. Lisäksi character-vastuu on kasvattanut jälleen rooliaan ennen kaikkea erilaisten kohtuusstandardien muodossa. Kohtuutta arvioitaessa häilytään usein tekijän luonteen ja käyttäytymisen välimaastossa ilman, että olisi selvää, onko kyse käyttäytymisen vai käyttäytyjän kohtuuttomuudesta. Character-vastuu näkyy myös tekojen taustalla olevien motiivien merkityksen kasvuna.¹¹⁵⁶

Erilaisissa ”vastuun muodoissa” tai ”rikostyypeissä” on pelkistetyksi kyse siitä, mistä rikoksentekijää lopulta moititaan. Fletcherin ja Laceyin teorioiden pohjalta huomio voidaan tältä osin kiinnittää ainakin *luonteeseen, hyveellisyteen/paheellisuuteen, kapasiteettiin, valintaan, toimintaan*, aiheutettuihin *seurauksiin* sekä erilaisiin (niin tekijään liittyviin kuin muihinkin kohdistuviin) *riskeihin*.¹¹⁵⁷ Kotimaisen lainopin saralla esimerkiksi Kimmo Nuotio arvelee karkeasti historiallisen kehityksen kulkeneen Fletcherin hahmottelemien rikosoikeustyyppien tai ”rikosideoiden” puitteissa subjektiivisesta tekijäsuuntautuneesta mallista kohti tekosuuntautunutta mallia ja edelleen vahingollisten seurausten vastuumalliin.¹¹⁵⁸

Sekä Fletcherille, Laceyille kuin myös Nuotiolle rikosoikeus edustaa polysentristä ja pluralistista ajatusrakennelmaa, jossa erilaiset ideologiat muodostavat aikojen saatossa painopistettään muuttavan hybridin. Tämänkaltaisena näen myös itse rikosoikeuden, ja tämänkaltaisena se omassa maisemamallissani esiintyy. Uskon mallini auttavan hahmottamaan juuri niitä ideologioiden ja dogmaattisten mallien korrelaatioita, joita esimerkiksi Jareborgin mukaan ei kovinkaan vakavissaan ainakaan vielä 1990-luvulla (ainakaan kai Pohjoismaissa) ollut edes yritetty tutkia.

Maisemamallin keskeinen idea on siinä, että rikosvastuu edellyttää aina ja samanaikaisesti *tekijää, tekoa* sekä enemmän tai vähemmän välillisesti myös haitallista *seurausta*. Lisäksi se edellyttää näiden välisiä suhteita, joiden osalta voidaan puhua vaikkapa juuri *kapasiteetista, vaarasta* ja *riskistä*. Rikosvastuun osalta on mahdollista painottaa eri alueita. Voidaan puhua tekijä-, teko- tai seurausrikosoikeudesta, syyllisyys-, vaarantamis- tai loukkausvastuusta, Handlungsunwerthistä tai Erfolgsunwerthistä, Unrechtista tai Schuldista ja niin edelleen ja niin edelleen. Erilaiset painotukset elävät ajassa ja ovat henkilötasolla varsin yksilöllisiä ja sidoksissa itse kunkin elämänkatsomukseen. Osa meistä ajattelee hyve-eettisesti painottaen vastuun osalta tekijää ja tämän luonnetta. Osa on utilitaristeja ja siis kiinnostuneempia positiivisiksi tai negatiivisiksi katsomistaan seurauksista. Osa antaa suuremman painoarvon tekojen taustalla oleville hyviksi tai

¹¹⁵⁵ Lacey 2016 s. 41 ja 145–147. Ajanjakson nimeksi Lacey valitsee *The Dual Track Era*.

¹¹⁵⁶ Lacey 2016 s. 46–47 ja 147–150. Lacey nimeää ajanjakson *The Resurgence of Character and the (Re)emergence of Risk*. Lisäksi hän käyttää myös ilmaisuja ”a hybrid of responsibility-attribution based on character and risk” (s. 173). Lacey suhtautuu kehityskulkuun avoimen kriittisesti todeten sen merkitsevän epäonnistumista pitää arvossa rikosoikeuden yleisen osan kruununjalokiviä: yksilölliseen kapasiteettiin perustuvan vastuullisuuden doktriineja (s. 175 ja myös 192 sekä 205).

¹¹⁵⁷ Ks. myös vaikkapa Duff 2002 s. 149–154, joka erottelee rikosvastuun ”suurina teorioina” kantilaisen valintaa painottavan näkemyksen (*choice theory* – valinta tehdä tai vaarantaa jotain), humelaisen luonnetta painottavan näkemyksen (*character theory* – tekojen ilmentämä luonteenpiire) sekä aristoteelisen hyveteorian (*vice theory*). Duff itse elättelee toivetta vielä jonkinlaisesta neljännessä suuresta rikosoikeusteoriasta, jossa painopiste olisi toiminnan käsitteessä (tai käsitteissä) (*action based theory*) (s. 183).

¹¹⁵⁸ Nuotio 1998 s. 267. Nuotio tukeutuu tältä osin Fletcherin teoksessaan *Rethinking Criminal Law* (1978/2000) esittämään jaotteluun: 1) pattern of manifest criminality – ACTS, 2) conception of subjective criminality – SUBJECTIVE STATES OF MIND, 3) pattern of criminality – RISK OR HARM IMPLIED BY THE RELEVANT CRIMINAL CONDUCT.

pahoiksi katsomilleen aikomuksille ja tarkoituksille. Osan mielestä konkreettisten seurausten varaan rakennettu vastuujärjestelmä on mielivaltainen, koska tekijä voi lopulta vaikuttaa vain aikaansaamiinsa riskeihin tai vaaroihin itse vahinkojen konkretisoitumisen jäädessä enemmän tai vähemmän sattumanvaraisiksi –, tai ainakin lukuisista muistakin rikosentekijän ulkopuolisista tekijöistä riippuvaiseksi. Osalle erinäisten velvoitteiden noudattaminen tai noudattamatta jättäminen on olennaisempaa kuin vaikkapa itse kunkin luonne tai lopulliset materiaaliset seuraukset.

Maisemamallini ajatus on luoda perusta rikosvastuun käsittämiseksi mitä tahansa edellä hahmoteltua lähtökohtaa painottaen. Erilaiset painopisteet näkyvät erityisesti siinä, millaisia tarkempia kartoja maiseman peruselementeistä kulloinkin laaditaan. Esimerkiksi konkreettisiin oikeudenloukkauksiin lopulta melko vähämerkityksellisinä satunnaisuuksina suhtautuva voi kehittää *teon* osalta hienojakoisia yritysopillisia malleja ja halutessaan kiinnittää ne vielä subjektiivisiin *tekijä*lähtöisiin kriteereihin. *Oikeushyvistä* ja niiden loukkauksista enemmän kiinnostunut voi sen sijaan pyrkiä vaikkapa rakentamaan johdonmukaista oikeushyvien järjestelmää, jonka pohjalta voidaan edelleen suorittaa vaikkapa hienojakoisia riskiarviointia liittyen siihen, millaisia todennäköisyyksiä rikosvastuu erilaisten vaarassa olevien oikeushyvien osalta kulloinkin edellytetään. *Tekorikosoikeudellinen* painotus voitaneen yhdistää laillisuusperiaatteeseen ja ajatukseen rikoksesta tietyn tunnusmerkistön mukaisena tekona tai tekemättä jättämisestä. *Tekijärikosoikeus* voitaneen puolestaan kytkeä syyllisyysperiaatteelliseen ajatukseen rikoksesta tietyn henkilön syyllisyyttä osoittavana käytöksenä.¹¹⁵⁹

Olennaista on se, ettei kyse ole joko/tai-tilanteesta, vaan sen sijaan kaikki edellä mainitut ajatusmallit ja ideologiat ovat tunnistettavissa modernista(kin) rikosoikeudestamme. Esimerkiksi uusiminen rangaistuksen koventamisperusteena liittyy olennaisesti tekijän asiasiaallisen elämänasenteen arvioimiseen. Samoin vaikkapa syyntakeisuudelle asetetut edellytykset tai erilaisten motiivien huomioimisen mahdollisuus (ja osassa rikostunnusmerkistöjä jopa välttämättömyys) johtavat ajatukset tekijään ja myös tämän persoonaan. Erilaisia painopisteitä ilmentää jo se, puhutaanko milloinkin rikoksen (tai rangaistusvastuun) kannalta *perustavista* tai *rajoittavista* tekijöistä. Esimerkiksi erilaisten rangaistusteorioiden osalta on jo edellä pohdittu sitä, kuinka utilitaristi perustaa rankaisemisen hyötynäkökohtiin hyväksyen retributiiviset ajatuskulut usein jonkinlaisiksi rankaisemisen rajoituksiksi. Retributiivisti perustaa rankaisemisen puolestaan vääryyden sovitettamiseen hyväksyen utilitaristiset hyötynäkökohdat usein tätä sovitusta tavalla tai toisella rajoittaviksi.

Peilattessani esimerkiksi rikosoikeuden eri rationaalisuuksia käsitelleessä jaksossa utilitaristis-preventiivisiä rangaistusteorioita painottavaa ajattelua deontologis-absoluuttisia rangaistusteorioita painottavaan (tai ehkä pikemminkin rangaistusteorioista liiemmin kiinnostumattomaan) ajatteluun pyrin nostamaan esille, kuinka edellinen keskittyy erilaisiin yhteiskunnallisiin *hyötyihin* ja oikeushyviin, ehkä

¹¹⁵⁹ Esim. Koskinen 1973 s. 1–7 toteaa laillisuusperiaatetta korostavan tekorikosoikeudellisen ajattelun ottavan lähtökohdaksi laissa kuvatut rikostunnusmerkistöt ja niiden puitteissa arvioitavat teot tai laiminlyönnit (taiikka ”suhtautumiserät”). Koskinen puhuu tältä osin ”tunnusmerkistöjärjestelmälle rakentuvasta rikosoikeudesta”. Esimerkiksi tekijärikosoikeudellinen ajattelu keskittyy sen sijaan tekijän yleiseen asiasiaallisuuteen pitäen tunnusmerkistöjen mukaisia tekemisiä pikemminkin oireina tästä. Huomattakoon, että vaikkapa erilaiset perustavanlaatuiset eettiset maailmankatsomukset heijastuvat tietyntyyliä moninaisimmin tavoin ja mitä moninaisimpiin eri rikosoikeuden osa-alueisiin. Esim. Hyttinen 2015 s. 247 yhdistää laintulkintaoppien osalta seurauksia ja päämääriä painottavan utilitarismin teleologiseen tulkintamettiin, sääntöjen seuraamista painottavan deontologian puolestaan systemaattiseen laintulkintaan. Valitettavasti hyve-eettinen moraaliteoria loistaa Hyttisen esityksestä poissaolollaan.

myös empiriaan, tieteelliseen tietoon ja jonkinlaiseen positivismiin. Jälkimmäinen leimataan puolestaan (ainakin ensimmäisen taholta) helposti ”metafyysiseksi” ja vanhakantaiseksi jonkinlaisen intuitiivisen oikeustajun tai -vakaumuksen tuotteeksi. Samalla juuri jälkimmäisen osalta näyttäisi painopiste kääntyvän erilaisten loukattujen tai vaarannettujen oikeushyvien (ja uhrien) sijaan tekijään ja tämän *vapauteen* – ainakin, jos vaikkapa Michael Pawlikia on uskominen.

Yritän seuraavaksi havainnollistaa yhä edelleen varsin abstraktilla tasolla liikkuvia ajatuksiani tarkastelemalla niin sanottua oppia teon huolimattomuudesta, joka muodostaa ehkä mielenkiintoisimman kaikista vastuuopillisista kartoista, joita moderni rikosoikeus on onnistunut tuottamaan. Tarkemmin ottaen käsittelen nimenomaan niin sanotun funktionalistisen rikosoikeuden piirissä kehiteltyä opin varianttia. Juuri kyseinen oppi havainnollistaa uskoakseni lähes kaikkea sitä, mitä olen edellä paitsi rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta myös ennen kaikkea huolestani rikosoikeuteen saarnannut. Lisäksi se ilmentää nähdäkseni sitä, kuinka erinäisten koulukuntien (tai ideologioiden) piirissä syntyneet opit tapaavat ohjata huomion nimenomaan tiettyihin osiin rikosoikeudellista maisemamalliani.

4.2 Oppi teon huolimattomuudesta

Olen jo edellä käsitellyt Ari-Matti Nuutilan väitöskirjassaan esittämää oppia teon huolimattomuudesta sekä sen välitöntä taustaa saksalaisessa ja ennen kaikkea Claus Roxinin kehittelemässä *objektive Zurechnung* -opissa. Olen todennut Nuutilan teorian sellaiseksi pitkälle viedyksi kyseisen opin kehittelmäksi, jota esimerkiksi Roxin vielä 1990-luvulle tultaessa kaipailli. Olen niin ikään todennut Nuutilan teorian varsin yksipuoliseksi esitykseksi etenkin Saksassa jo tuolloin muodissa olleesta teoriasta, jonka osalta erilaiset ja niin ikään jo tuolloin olemassa olleet kriittiset soraäänit on pitkälti sivuutettu. Tämä on tietysti aivan ymmärrettävää ottaen huomioon Nuutilan pyrkimys rakentaa kattava ja pitkälle viety teon huolimattomuus -oppi. Erilaisia teorioita rakenneltaessa ei huomiota voi alati keskittää juuri esitetyn kritisoimiseen – ajatuksia rikki repiessä kun ei *rakentamisesta* tahdo tulla oikein mitään! Nähdäkseni kotimaisessa rikoslainopissa on viimeistään 2020-luvulle tultaessa saavutettu tilanne, jossa opin kriittinen tarkastelu alkaa kuitenkin olla enemmän kuin paikallaan. Uskaltaisin nimittäin väittää nykyistä lainopin tilaamme juuri teon huolimattomuus -opin osalta suorastaan surkuhupaisaksi. Se ei näyttäisi saavuttaneen mainittavaa menestystä saati tunnustusta oikeuskäytännön tai lainsäädännön saralla. Oikeustieteen piirissä sen sijaan tunnustusta on kyllä vähintäänkin nimellisesti jaettu, mutta tarkemmin tarkasteltuna opilla näyttäisi olleen ehkä yllättävänkin vähän annettavaa myös oikeustieteen saralla. Kaikkein huolestuttavinta on kuitenkin se, ettei kovin moni 2000-luvun kirjoittajistamme näyttäisi yksinkertaisesti juuri ymmärtäneen, mistä koko asiassa lopulta on kyse. Lähdän seuraavaksi perustelemaan edellisiä kärkeviä väitteitani. Ja tämä edellyttää tietysti hieman syvällisempää opin tarkastelua kuin mihin kotimaisessa lainopissa on sitten 1990-luvun totuttu. Ottaen huomioon paitsi oppiin liittyvä sekavuus myös sen kotimaassakin nauttima pelonsekainen kunnioitus, on syytä aloittaa sen perusteista.

4.2.1 Saksalaisperäinen tausta

Oppi teon huolimattomuudesta on tapana yhdistää Claus Roxinin vuonna 1970 julkaisemaan rikosoikeudellisen syyksilukemisopin ongelmia pohtineeseen artikkeliin *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*. Kyse on Richard Honigin

juhlakirjassa julkaistusta tekstistä, joka perustuu nimenomaisesti Honigin 40 vuotta aiempaan, ja tuolloin puolestaan Reinhard von Frankin juhlakirjassa julkaistuun artikkeliin *Kausalität und objektive Zurechnung*.¹¹⁶⁰ Varsin hajanaisessa tekstissään Honig pyrki etsimään uusia näkökulmia kausaalisuuskeskusteluun, jonka katsoi ajautuneen 1930-luvulle tultaessa kriisiin. Roxin toteaa Honigin esittäneen tekstissään sekalaisen joukon rikosoikeusjärjestelmän perusteita koskevia suuntaa-antavia ajatuksia, joiden jatkokehittelyn Roxin arvelee nyt siis 1970-luvulle tultaessa antoisaksi. Olennainen Roxinin Honigilta poimima teema on katseen kääntäminen kausaalisuudesta syyksi lukemiseen – *ontologisesta* syy-seuraus-suhteesta *normatiiviseen* vastuuseen. Tosiasiallisten kausaalisuhteiden sijaan Roxin suuntaa siis mielenkiinnon siihen juridiseen mittaamiseen, jonka perusteella tietty seuraus lopulta luetaan tietyn henkilön syyksi. Roxinin ajatuksena onkin elvyttää keskustelua yleisestä syyksi lukemisen opista sekä sellaisen laatimisesta niin, että tuolloin lukuihin erilaisiin kantoihin hajonnut rikosoikeusdogmatiikka olisi yhdistettävissä yhdeksi yleisesti tunnustetuksi ”kuvaksi rikosoikeusjärjestelmästä”.¹¹⁶¹ Tällaisen mitan ja kuvan etsintään Roxin yhdistää jo aiemmin kehittämiensä niin sanotun *riskinkorotusteorian* ja ylipäätään riskitematiikan.¹¹⁶² Roxin siis liittää Honigin kuvaamaan (ja ylipäänsä jo 1800-luvulle palautuvaan¹¹⁶³) normatiiviseen objektive Zurechnung -ajatteluun riskin käsitteen.

Juuri tässä Roxin näyttäisi eroavan muista objektive Zurechnung -kehitelmistä, joista Roxinin teoria ei 1970-luvulla suinkaan ollut saksalaisessa rikoslainopissa ainut. Ajatusta esimerkiksi tuottamuksen jakamisesta kahteen osaan lienee sen sijaan turha yhdistää nimenomaan Roxiniin tai edes Honigiin. Tältä osin saksalaisessa rikoslainopissa tavataan tukeutua jo edellä mainituin tavoin ennen kaikkea Karl Engischin tutkimukseen *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (1930)¹¹⁶⁴. Havainnollisen kuvan saksalaisesta 1970-luvun tuottamuskeskustelusta tarjoaa itävaltalaisen Manfred Burgstallerin tutkimus *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht* (1974), jossa Burgstaller pyrkii rikastuttamaan silloista itävaltalaista tuottamusoppia moderneilla saksalaisilla vaikutteilla. Ajatuksen tuottamuksen kaksijakoisesta luonteesta Burgstaller toteaa jo yleisesti hyväksytyksi lähtökohdaksi sekä saksalaisessa että itävaltalaisessa rikosoikeudessa, niin dogmaattisen keskustelun kuin oikeuskäytännönkin saralla.¹¹⁶⁵ Burgstaller rakentaa

¹¹⁶⁰ Wolter 1995a s. 3, Schünemann 1999 s. 208–212 sekä Hirsch 1988 s. 403–404, joka puhuu juuri Roxiniin ja Honigiin yhdistämistään normatiivisten syyksi lukemista koskevien oppien renessanssista. Esim. Rengier 2017 s. 82 käyttää nimitystä ”modernen” *Lehre von der objektiven Zurechnung*. Kyse on siitä, etteivät Roxin tai Honig keksineet objektive Zurechnungia, vaan sen modernin version. Ks. vielä Hirsch 1998 s. 119 ja Puppe 2015 s. 207 alav. 26, jotka yhdistävät (modernin) objektive Zurechnung -opin alun perin nimenomaan Honigin edellä mainittuun tekstiin, mutta toteavat Roxinin kehittäneen sitä merkittäväällä tavalla edelleen alkaen niin ikään edellä mainitusta vuoden 1970 tekstistään.

¹¹⁶¹ Honig 1930 erit. s. 174 ja 179 sekä Roxin 1970 erit. s. 133–134, 137–138 ja 150.

¹¹⁶² Roxin 1970 s. 137–138, 144 ja 146. Pohjana toimii tältä osin ennen kaikkea Roxinin artikkeli *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten* (Roxin 1962), jossa keskeisenä teemana Roxin kehittää tunnettua *riskinkorotusperiaatetta* (”Das Prinzip der Risikoerhöhung”) (erit. s. 430–444). Ks. myös esim. Schünemann 1999 s. 207 alav. 2, Schroeder 2003 s. 660–661 sekä Nuotio 1998 s. 299 ja 310–311.

¹¹⁶³ Schünemann 1999 s. 208–212 jäljittää Zurechnung-käsitteen alkuperän luonnonoikeusfilosofi Samuel Pufendorfin imputaatio-oppin todeten saksan kielen ”Zurechnung” sanan alun perinkin vain käännöksenä latinan sanasta ”imputatio”. Nykyisen objektive Zurechnung -teorian kantaisäksi Schünemann lukee Hegelin idealistisen oikeusfilosofian, minkä jälkeen kysymyksenasettelu nousi pinnalle 1900-luvun alkupuolella kausaalisuuskäsitteen rajoittamisen tarpeeseen liittyen. Paitsi Honigin myös Engischin ja Welzelin aloittamaa työtä jatkoi tältä osin Claus Roxin, jonka jo mainittuun vuoden 1970 artikkeliin Schünemann lopulta yhdistää modernin objektive Zurechnung -opin synnyn. Objektive Zurechnung -opin historiallisesta taustasta ks. myös Schroeder 2003.

¹¹⁶⁴ Esim. Harro Otto 1974 toteaa huolellisuusvelvoitteen loukkauksen tarkastelun tapahtuvan kahden mitan (yhtäältä yleisen oikeuttamisen tason huolellisuusvaatimuksen ja toisaalta tekijän yksilölliset ominaisuudet huomioivan syyllisyyden) avulla viittaamatta tältä osin lainkaan niin Roxiniin kuin Honigiin. Samansuuntaisesti myös esim. Nuutila 1996 s. 189–190 ja 272–273.

¹¹⁶⁵ Burgstaller 1974 s. 16–17. Burgstaller toteaa tutkimuksensa nimenomaisesti tavoitteekseen osoittaa modernin saksalaisen tuottamusopin hyödyllisyys Itävallan kannalta (s. 13).

koko tutkimuksensa kyseisen kahtiajaon varaan aloittaen käsittelyn erilaisten seurausten objektiivisesta syyksi lukemisesta. Burgstaller toteaa, ettei pelkkä kausaalisuus vallitsevan saksalaisen opin mukaan vielä riitä, vaan tämän lisäksi seurauksen ja tunnusmerkistön mukaisen teon välillä edellytetään erityistä normatiivista suhdetta, jonka osalta Burgstaller viittaa mitä erilaisimpiin muotoiluihin. Näistä lukuisista erilaisista muotoiluista Burgstaller valitsee lopulta silloisiin Itävallan oloihin sopivimmaksi katsomansa ja riittävän ”plastisen” *riskiyhteyden* käsitteen (Risikozusammenhang), jonka hän puolestaan liittää nimenomaan Claus Roxiniin.¹¹⁶⁶

Siinä, missä Claus Roxinin objektive Zurechnung -malli vielä 1970-luvulla esiintyi yhtenä monista, oli se 1990-luvulle tultaessa noussut hallitsevaan asemaan. Esimerkiksi Björn Burkhardt puhui vuonna 1996 kiellettyyn vaarantamiseen sidotun syyksi luettavuutta koskevan opin suorastaan ”epätavanomaisesta voittokulusta”, jonka myötä katsoi sitä voitavan pitää kirjallisuudessa vallitsevana käsityksenä¹¹⁶⁷. Viimeistään 1990-luvun lopussa nimenomaan Claus Roxinin muotoileman ja kiellettyyn riskinottoon perustuvan objektive Zurechnung -opin (jatkossa OZ-opin) voidaankin sanoa saavuttaneen saksalaisessa rikoslainopissa ylivoimaisen hallitsevan aseman, mikä näkyy ennen kaikkea oppikirjoja ja kommentaareja tarkasteltaessa¹¹⁶⁸. Eräänlaisen ääriesimerkin akateemisesta objektive Zurechnung -innostuksesta tarjoavat Jürgen Wolterin vuodelta 1995 peräisin olevat ja Roxinin kunniaksi järjestettyihin tilaisuuksiin laaditut tekstit, joissa Wolter toteaa Roxinin vuonna 1970 riskiperiaatteen varaan perustaman modernin OZ-opin lyöneen itsensä läpi saksalaisessa rikosoikeustieteessä läpäisten rikosoikeusjärjestelmän kokonaisuudessaan tunnusmerkistövääryydestä (Unrechtstatbestand) aina oikeuttamisperusteisiin ja syyllisyyteen, ja edelleen niin rangaistuksen mittaamiseen kuin myös rikosprosessiin. Wolterin jälkeenpäin suorastaan huvittavan (ja Ostos-TV:n mieleentuovan) hehkutuksen mukaan OZ-oppi paitsi ratkaisee vaikeita kausaalisuustilanteita myös mahdollistaa tahallisuus- ja tuottamusrikosten yhteensovittamisen, saattaa auttaa täsmentämään muuten vaikeaksi osoittautunutta tekokäsitettä, avaa kehitysmahdollisuuksia oikeuttamisperusteopille, joko päihittää finaalisen Unrechtslehren tai tekee vähintäänkin sovinnon sen kanssa sekä luo pohjan kansainvälisen dogmatiikan rikosoikeusystematiikan kehittämiseksi. Kaiken muun hyvän ohella OZ-oppi kiinnittyy myös ihmisoikeuksiin ja perustuslakiin – se kun perustuu oikeusvaltiollisen oikeushyvien suojelun sekä yksilöllisen vapausintressin punnintaan suhteellisuuseriaatteen mukaisesti. Wolter päättää tekstinsä näkemykseen, jonka mukaisesti Roxinin riskiperiaate (ja sen ilmentämä tavoiterationaalinen ja funktionaalinen teko- ja vääryysoppi) asettaa koko

¹¹⁶⁶ Burgstaller 1974 s. 69–79. Erilaisina objektive Zurechnung -muotoiluina Burgstaller nostaa esiin: ”Realisierung gerade der Sorgfaltsverletzung”, ”seine spezifische Voraussetzung”, ”gerade auf dem Sorgfaltsverstoß beruht”, ”gerade die sorgfaltswidrig geschaffene Gefahr auswirkt” sekä vielä ”Lehre vom Schutzzweck der Norm” sekä ”objektiv voraussehbar” / ”objektiv vermeidbar”. Burgstaller toteaa kaikki muotoilut lopulta melko yhteneviksi, minkä johdosta lopullinen valinta voidaankin tehdä melko käytännöllisin perustein. Ks. myös Schroeder 2003 s. 653–660, joka sisältää lukuisia viitteitä Roxinin vuoden 1970 tekstiä edeltäviin saksalaisiin ”objektive Zurechnungia” hyödyntäneisiin oppeihin. Schroeder nostaa esiin mm. Roxinin oppilaan Hans-Joachim Rudolphin kirjoituksen *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre* vuodelta 1969, jossa Rudolphi jo yhdistelee ns. *riskinkorotusoppia* sekä huolellisuusnormin tavoitetta. Schroeder nostaa myös esiin Friedrich Schaffsteinin jo mainitussa Honigin vuoden 1970 juhlakirjassa julkaistun tekstin *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, jossa objektive Zurechnung niin ikään yhdistetään riskitematiikkaan (s. 661).

¹¹⁶⁷ Burkhardt 1996 s. 99. Nimenomaan rikosoikeustieteen saralla tapahtuneesta voittokulusta puhuu myös Gössel 1997 s. 519–520.

¹¹⁶⁸ Esim. Schünemann 1999 s. 212 toteaa skeptisen alun jälkeen (nimenomaisesti Roxinin nimiin laittamaansa) modernia OZ-oppia hyödyntävän kaikkialla oppikirjoissa ja kommentaareissa. Ks. myös Kröger 2016 s. 188–190, joka toteaa useampiin saksalaisiin lähteisiin viitaten OZ-opin lyöneen itsensä läpi oppikirjojen ja kommentaarien tasolla 1980-luvun puolivälissä muodostuen tämän jälkeen saksalaisessa rikoslainopissa viimeisten vuosikymmenten aikana eniten keskustelua herättäneeksi aiheeksi. Samoin Schroeder 2003 s. 668–669.

rikosoikeusjärjestelmän uuteen valoon siten, että löydämme itsemme aivan uudenlaisen rikosoikeuden aikakauden edestä.¹¹⁶⁹ Todettakoon, että Wolterin käsitys OZ-opin sisällöllisistä perusteista menee yksiin Nuutilan väitöskirjassaan esittämän mallin kanssa. Opin rakenne on kolmiosainen siten, että rikosvastuun edellytyksiksi asetetaan 1) kielletyn riskin aikaansaaminen, 2) juuri tämän riskin realisoituminen tietyssä seurauksessa sekä 3) tarkastelun kohteena olevan vääryystunnusmerkistön ulottuminen tähän¹¹⁷⁰.

Kaikesta ylistyksestä huolimatta OZ-oppi ei tietystikään missään vaiheessa ole saksalaisessakaan keskustelussa nauttinut kritiikitöntä asemaa. Nähdäkseni kritiikin ytimen voi tiivistää juuri OZ-opin eräänlaisen ytimen muodostavaan kielletyn (tai kääntäen sallitun) *riskin* käsitteeseen. Kyse on siitä, mitä esimerkiksi Gunnar Duttge toteaa juuri edelliseen Jürgen Wolterin esitykseen viitaten: *oppi ei sisällä minkäänlaista nerokasta (tai edes erityisen hyvää) keinoa erottaa sallittu ja hyväksyttävä riski kielletystä ja ei-hyväksyttävästä*. Esimerkiksi kaikista kuviteltavissa olevista valtiosääntöoikeudellisista kytköksistä huolimatta kysymys jää avoimeksi!¹¹⁷¹ Kyse on juuri samasta oppia koskevasta perustavanlaatuisesta huomiosta, jonka Armin Kaufmann esitti jo vuonna 1985; ”objektiiviseksi syyksi lukemiseksi” nimitetty linkki tekijän ja tunnusmerkistön mukaisen seurauksen välillä ei ole yleisesti osoitettavissa, vaan jää Topos-ryhmien tasolle (ein Ensemble von Topoi).¹¹⁷² Viittaaminen sallittuun tai kiellettyyn riskiin rikosvastuun perusteena ei johda kuin uudenlaiseen ongelmaryppääseen: mikä on *sallittua* ja mikä *kiellettyä* riskinottoa? Uskaltaisin väittää nykypäivänä tiedostettavan jo suorastaan notorisella tasolla, ettei tällaiseen kysymykseen voi antaa yleispätevää vastausta, vaan kulloistakin soveltamistilannetta on tarkasteltava kontekstisidonnaisesti ja yksittäistapausten pohjalta mahdollisia tyyppitapausrhymiä hahmotellen. Juuri tämä on se, mitä esimerkiksi Nuutila väitöskirjassaan tekee; hän rakentaa kattavaa tyyppitilannejärjestelmää, jonka puitteissa mitä erilaisimpiin teon huolimattomuuden ongelmatilanteisiin voitaisiin löytää relevantteja argumentteja ilman, että Nuutila nimenomaisesti haluaisikaan ratkaista yhtä ainutta konkreettista lainsoveltamistilannetta niitä kohtaavan lainsoveltajan puolesta. Lopputuloksena on runsas tyyppitilannejärjestelmä, jonka voi ajatella edelleen laajenevan. Kun kaiken pohjana on yksittäistapausten ratkaiseminen tarkoituksenmukaisella (tai sisällöllisesti oikeudenmukaisella) tavalla, on tyyppitilannejärjestelmä tietysti pidettävä sellaisena, että tällaisiin ratkaisuihin myös päästään. Kohdattaessa uudenlaisia ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat huomioiden olemassa olevaan tyyppitilannejärjestelmään huonosti istuvia ongelmia voidaan aina luoda uusia tyyppitilanneryhmiä.¹¹⁷³ Tätä kaikkea ei välttämättä tarvitse ymmärtää kritiikiksi. Kyse on juuri siitä, mitä OZ-oppi ja funktionalistinen rikosoikeus ylipäänsä lupaakin:

¹¹⁶⁹ Wolter 1995a s. erit. s. 3, 5, 10 ja 24 sekä Wolter 1995b. ”Mit einem Wort: Mit der ‘funktionalen Unrechtslehre’ der ‘Münchener Schule’ und dem von Roxin begründeten Prinzip der objektiven Risikozurechnung stehen wir mitten in einer neuen Epoche des Strafrechts.” (1995a s. 24) Wolterin luonnehtii modernia rikosoikeutta ”mit Hang zum Risiko und Drang zum Objektiven” (1995b s. 4 ja 33).

¹¹⁷⁰ Wolter 1995a s. 5–7.

¹¹⁷¹ Duttge 2001 s. 230–232. Esim. Nissinen 1996 s. 179 kiteyttää sallitun ja kielletyn riskin erottamisen vaikeuden tutkimuksessaan tarkastelemissaan yhteisön toiminnassa tapahtuvien rikosten osalta hienosti ja tavalla, josta huokuu 14 vuoden käytännön syyttäjätynön tuoma kokemus: ”Ainakin yksilötasolla sitä (sallitun riskinoton aluetta – JR) koskevat arvostukset vaihtelevat: sanomalehden uutinen siitä, että tehtaalta pääsi vesistöön 15 kuutiota myrkyllistä liuosta ja jonkin verran kaloja kuoli, herättää toisessa lukijassa enintään ajatuksen siitä, että ‘valitettava tapaus, mutta rapatessa roiskuu; kaikkia riskejä ei mitenkään voi muutoin hyödyllisessä toiminnassa eliminoida’, kun taas toinen odottaa ja vaatii kontrollikoneiston toimenpiteitä, koska ‘päästöt on loputtava ja syylliset saatettava edesvastuuseen’”.

¹¹⁷² Kaufmann 1985 s. 271.

¹¹⁷³ Ks. esim. Frisch 1988 s. 140 von Hirsch 1998 s. 140 ja Hilgendorf 2004 s. 44, joista jälkimmäinen luonnehtii OZ-oppia ”ratkaisemattomien tunnusmerkistön mukaisuus- ja oikeuttamisongelmien romuhuoneeksi”.

rikosoikeudellisten kysymysten ratkaisemisesta sisältöä painottaen – ei etukäteen luotujen systemaattisten muodollisuuksien ehdoilla ¹¹⁷⁴. Näkemys muodostuu kritiikiksi vasta siinä vaiheessa, kun OZ-opin luulotellaan toimivan jonkinlaisena ylivoimaisena ratkaisuna rikosoikeudellisiin ongelmiin haluten kuitenkin samalla pitää kiinni sellaisesta rikosoikeuden kivijalasta kuin ratkaisujen ennakoitavuuteen perustuva oikeusvarmuus. Ennakoitava päätöksenteko kun yksinkertaisesti edellyttää jonkinlaista ennakkollista systeemiä ja suhtautuu kielteisesti tapausten ratkaisemiseen vain kulloinkin relevantin kontekstin nojalla – saatikka uusien tyyppitapausten keksimiseen sitä mukaa kun tällaiselle katsotaan olevan tarvetta. *Uuden* keksiminen ei lähtökohtaisesti ole *ennakoitavaa*.

OZ-opin osakseen saama lainopillinen kritiikki ei toki tyhjene edellä mainittuun. Ingeborg Puppe kyseenalaistaa OZ-opin niin ikään pohjimmiltaan rikosoikeussystemaattisin perustein. Kyse ei ole pelkästään yleisestä epäluulosta, joka seuraa rikosoikeudessa perinteisesti olennaista roolia näytelleen systematiikan korvaamisesta ratkaisukeskeisellä tyyppitapaussuunnittelulla. OZ-oppi kun toimii Puppen mukaan tässä kaikessa vielä itsessään epäjohtamukaisesti ja suorastaan ristiriitaisesti. Kyse on ”valuvioloista”, jotka juontavat juurensa jo Richard Honigin 1930-luvulla suorittamaan kausaliiteetin ja normatiivisen objektive Zurechnungin erottamiseen, ja joista OZ-oppi ei vielä tänä päivänäkään ole toipunut. Puppe toteaa OZ-opin rakentuvan kahden ehdon varaan. Näistä ensimmäinen on huolellisuusvelvoitteen loukkauksen ja aiheutetun seurauksen kausaalisuhde ja jälkimmäinen jonkinlainen tähän liittyvä normatiivinen mitta, jonka avulla siis erilaisia kausaalisuhteita karsitaan vain rikosoikeuden kannalta relevantteihin. Puppen mukaan kaikki perustuu kuitenkin lopulta kausaalisuuteen. Mikäli OZ-opin osalta jätetään kausaalisuuden pohdinta sikseen (niin kuin usein tapahtuu), ei Puppe usko lopputuloksena olevan muuta kuin juurikin sellainen tyyppitapausten sekalainen seurakunta, josta jo Kaufmann varoitteli, ja josta lukija (etenkään vaikkapa oikeustieteen opiskelija) ei kykene tunnistamaan punaista lankaa. ¹¹⁷⁵

Juuri OZ-opin punaisen langan löytäminen – tai siis löytymättä jääminen – lienee se yleisin jo intuitiivisella tasolla ymmärrettävä seikka, jonka niin rikoslainopilliseen kuin -teoreettiseenkin keskusteluun perehtymätön lukija ensimmäisenä huomaa. Kuten vaikkapa Eric Hilgendorf toteaa, OZ-oppi on yksinkertaisesti kaikessa tapauskohtaisessa joustavuudessaan hirvittävän sekava ja monimutkainen. Hilgendorf yhdistää tämän samaan systemaattisen selkeyden hylkäämiseen, mistä jo Puppe edellä puhui, ja vertaa oppia wittgensteinilaisiin tikapuihin, joilla on sinällään mahdollista nousta vanhan kausaalisuusmallin yläpuolelle, mutta jotka samalla pakottavat luopumaan saksalaisen rikosoikeusdogmatiikan klassisista hyveistä: pyrkimyksestä mahdollisimman suureen selvyyteen ja todennettavuuteen. Lopputuloksena on Hilgendorfin mukaan niin laillisuus- kuin vallanjakoperiaatteidenkin vastainen arvostelmien tekemiseen liittyvän vallan siirtäminen demokraattiselta lainsäätäjältä lainkäyttäjälle. Pahimmillaan OZ-oppi onkin hänen mukaansa vain legitimaatiokuori intuitiiviselle ja lähinnä tuntemuksiin perustuvalla ratkaisunteolla, jossa siis tavalla tai

¹¹⁷⁴ Esim. Schünemann 1999, s. 221 ja 227 vastaakin kritiikkiin toteamalla, että OZ-opin dogmaattisesti täsmällinen kannanotto, ja ansio, on siinä, että se osoittaa käyttäytymisnormin sekä seurauksen välisen yleispreventiivisen päämääräsuhteen. Tätä ei muuta se, että teorian käyttö yksittäistapausten ratkaisemisessa riippuu toki aina konkreettisesta käyttäytymisnormista ja sen teleologisesta rakenteesta.

¹¹⁷⁵ Puppe 2015 erit. s. 204, 207–209 ja 217–218 sekä Puppe 2000 s. 6.

toisella ”väärän” tuntuksia lopputuloksia voi aina välttää etsimällä tai keksimällä uuden tyyppitapaustapausten ratkaistavana olevan tapauksen kohdalle.¹¹⁷⁶

OZ-opin epämääräisyyteen perustuu nähdäkseni myös Hans Joachim Hirschin huomio siitä, kuinka vaikkapa yhtäältä Honig ja toisaalta Roxin ovat kehittäneet oppia alun perin vastaukseksi hyvin erilaisiin kysymyksenasetteluihin, ja kuinka koko oppi on mahdollista nähdä myös itseasiassa turhana. Hirschin mukaan Honigin tarkoitus oli objektive Zurechnungin avulla rajata tuolloin turhan lavean kausaalisuuskäsityksen johdosta ylitsevuotavaksi katsomaansa tunnusmerkistön mukaisuutta. Roxinin Hirsch katsoo puolestaan käyttäneen oppia alun perin vastavoimana finaaliselle rikosoikeusteorialle ja sen pyrkimykselle sijoittaa tahallisuus osaksi vääryystunnusmerkistöä.¹¹⁷⁷ Modernissa OZ-opissa yhdistyykin joukko varsin erilaisia dogmaattisia kysymyksiä ilman, että se lopulta kykenisi juuri vastaamaan niistä mihinkään. Esimerkiksi tuottamuksellisten rikosten kohdalla on jo pitkään ennen 1970-lukua tarvittu muitakin kuin kausaalisuuskriteereitä toiminnan huolimattomuuden ja seurauksen välisen yhteyden muodostamiseen. Hirschin mukaan näyttäisikin siltä, että OZ-opista on muodostunut teoreettisesti mielenkiintoinen, vaikuttava ja tieteellisesti hyvinkin innostava instituutio, jonka käytännön vaikutus on kuitenkin jäänyt vähäiseksi. Käytännön tuottamusedogmatiikka kun esimerkiksi on ollut pakotettu löytämään omat ratkaisunsa jo aikoja ennen OZ-opin valtakautta.¹¹⁷⁸

OZ-opille tunnusomainen ja joustavan epämääräisyytensä ansiosta myös mitä ymmärrettävin piirre näyttäisikin olevan sen soveltamisalan laajeneminen tavalla, jota Wolterin teksti jo kuvasi. Berndt Schünemann vertaakin OZ-oppia mustekalaan, joka ulottaa lukemattomia lonkeroitaa yhä useammille sovellutusalueille, jotka ovat niin ontologisessa kuin normatiivisessakin mielessä hyvin heterogeenisiä.¹¹⁷⁹

OZ-opin ristiriitaisuudesta on Puppen ja Hilgendorfin systemaattisdogmaattisen sekä Hirschin käytännöllisen näkökulman ohella varoitellut myös Alexander Aichele, jonka näkökulma on filosofinen. Aichelen mukaan niin vallitsevan rikosoikeusteorian opit kausaalisuudesta kuin syyksi lukemisestakaan eivät vastaa Aichelen itsensä muotoilemia tieteellisen teorian vähimmäisstandardeja, vaan sen sijaan mahdollistavat kunkin mielivaltaisesti toivomakseen katsomaan lopputulokseen pääsemisen. Aichele katsoo OZ-opin tukeutuvan lopulta adekvanssioppiin ja muodostavan siihen loogisen suhteen. Aichele vertaa niin kausaalisuutta kuin objektive Zurechnungia koskevia teorioita katseet vangitsevaan ja näyttävään jonkinlaisten totunnaisten odotusten edellyttämään kruunuun, joka tosin vähäisemmästäkin päänliikkeestä putoaa.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁶ Hilgendorf 2004 s. 33 ja 35. En ole aivan varma osuuko Hilgendorf Wittgensteinin tikapuuvtauksen osalta oikeaan. Traktatuksensa toiseksi viimeisessä kohdassa 6.54 Wittgenstein viittaa tikapuiden kiipeämisellä ja sen jälkeisellä poisheittämisellä siihen, kuinka katsoo tutkimustaan ymmärtävän lukijan pääsevänsä tutkimuksessaan esittämiensä lauseiden avulla niiden yläpuolelle, ja voivan ne lopulta mielettömiksi huomattuaan voittaa ne, heittää ne pois ja vasta tämän jälkeen ”nähdä maailman oikein”. Ks. Wittgenstein 1933/1971 s. 88.

¹¹⁷⁷ Hirsch 1998 s. 119. Aivan samoin Puppen todettiin edellä korostaneen sitä, kuinka Honig kehitti OZ-oppia alun perin silloisen kausaalisuusteorian rajoitukseksi ja siis siitä irralliseksi (Puppe 2015 s. 207). Ks. edelleen Schroeder 2003 s. 659–663, joka toteaa ”objektive Zurechnung” -käsitteen alla ryhdytyn käymään 1900-luvulla ensin kausaalisuuden rajoittamiseen liittyvää keskustelua ja Roxinin puolestaan ymmärtäneen OZ-oppinsa ”sodanjulistukseksi” finaalista teko-oppia kohtaan. OZ-oppi onkin mahdollista nähdä nimenomaan eräänlaisena vastapoolina saksalaiselle finalistiselle rikosoikeuskoululle (ks. vielä Schünemann 1999 s. 207 ja 219).

¹¹⁷⁸ Hirsch 1998 s. 129–130 ja 139–142 sekä jo Hirsch 1988 s. 404–407. Ks. myös Schroeder 2003 s. 651, joka niin ikään huomauttaa OZ-opin piirissä käsiteltyjen ongelmatapausten ja jopa niihin tarjottavien ratkaisujen olevan osin vanhempia kuin ”objektive Zurechnung” -nimike, ja OZ-opin rakentuvan osittain näiden jo olemassa olleiden ratkaisumallien päälle.

¹¹⁷⁹ Schünemann 1999 s. 207.

¹¹⁸⁰ Aichele 2011 s. 260–268.

Edellä mainittu OZ-oppiin suunnattu tarkempi kritiikki on melko vaikeatajuista – aivan kuten kohteensakin. Lisäksi on syytä huomata, ettei OZ-oppi lopulta ole saksalaisessakaan keskustelussa saanut osakseen perustavanlaatuista hyökkäystä, vaan pikemminkin erinäisiä soraäänä¹¹⁸¹. Tilanne onkin mitä kummallisinkin. Kaikeksi onneksi OZ-opin ongelmien osoittaminen on viimeistään 2010-luvulla käynyt teoreettispainotteisen lainopinkin saralla mahdolliseksi myös huomattavasti konkreettisemmin ja tätä kautta uskoakseni myös havainnollisemmin ja vakuuttavammin. Tällainen kritiikki on helposti ja suorastaan kouriintuntuvasti yhdistettävissä myös kotimaiseen keskusteluun, josta edellä mainitut yleisen kritiikin tasolle jäävät soraäänienpainot ovat syystä tai toisesta loistaneet poissaolollaan.

Edellä mainittu konkreettinen kritiikki voidaan tiivistää Dirk Sauerin tohtoriväitöskirjassaan vuonna 2003 esittämään toteamukseen, jonka mukaan alati enenevästä julkaisumäärästä huolimatta suhteellisen harvoilla lainopin kirjoittajilla näyttäisi olevan OZ-opin osalta minkäänlaista kovinkaan itsenäistä käsitystä. Erityisesti tuoreemmissa julkaisuissa tyydytäänkin joko pyörittelemään opin eri teesejä tai samoja vähintään vuosikymmeniä vanhoja kysymyksenasetteluita.¹¹⁸² Käytyään tutkimuksessaan läpi huomattavan määrän saksalaista 1900-luvun jälkipuoliskon oikeuskäytäntöä Sauer toteaa OZ-opin asemasta lainkäytössä voitavan todeta ainoastaan vallitsevan suuri epävarmuus. Oikeuskäytännöstä ei ylipäänsä (ainakaan sitten 1940-luvun) ilmene selvää tai yhtenäistä tuottamuskäsitetä tai systematiikkaa. Sen sijaan päätöksenteko näyttäytyy tapauskohtaisena ja epätasällisena harkintana, jossa muun muassa erityisnormit, huolellisen toimijan mallit ja luottamusperiaate vaikuttavat niin sallitun riskin kuin yksilöllisen ennakoitavuudenkin määrittämiseen.¹¹⁸³ Sauerin teosta voi ylipäänsä pitää malliesimerkkinä 2000-luvun tuottamustutkimusten suhteesta OZ-oppiin; Sauer suhtautuu oppiin varauksellisesti tuoden esiin sitä kohtaan esitettyä kritiikkiä, mutta lähtemättä kuitenkaan sen kummemmin oppia haastamaan. Olennaista on se, että Sauer näyttäisi tulevan oman tuottamuskäsityksensä osalta vallan manioisti toimeen ilman OZ-oppia.¹¹⁸⁴ Aivan samoin toimivat myös Gunnar Duttge ja Thomas Kröger. Duttge käsittelee OZ-oppia yhtenä mahdollisuutena muiden joukossa pyrkien kuitenkin problematisoimaan ennen kaikkea sen piirissä harjoitetusta riskikäsitteellä operoinnista seuraavan epätasällisuuden.¹¹⁸⁵ Vaikka tuottamus on lopulta myös Duttgelle ”tyyppikäsite” (Typusbegriff), sitoo hän sen yleisiin kognitiopsykologisiin indikaattoreihin – ei tyyppitapausrhytmittelyihin¹¹⁸⁶. Kröger puolestaan sanoutuu käsite-systemaattisen ajattelunsa mukaisesti avoimesti ja heti alkuun irti topiikasta¹¹⁸⁷. Myös Kröger tunnustaa OZ-opin valta-aseman ollen kuitenkin samalla hyvinkin tietoinen siihen suunnatusta (ja ainakin osittain perustelluksi katsomastaan) kritiikistä. Sauerin ja Duttgen tapaan Kröger ei hyödynnä OZ-oppia tutkimuksessaan

¹¹⁸¹ Näin asian näkee myös esim. Schroeder 2003 s. 669.

¹¹⁸² Sauer 2003 s. 110.

¹¹⁸³ Sauer 2003 s. 382–389 ja 639–643. Esim. Kahlo 2007 s. 251–257 toteaa (ennen kaikkea Ingeborg Puppen tutkimuksiin viitaten) oikeuskäytännössä lähestytyn OZ-opin mukaisia ongelmatilanteita pitkälti muiden rikosteen tunnusmerkkin kuin ”objektive Zurechnungin” puitteissa.

¹¹⁸⁴ Ks. erit. Sauer 2003 s. 644–645. Sauer jättää OZ-opin käsittelyn teoksessaan melko vähälle jo siitä syystä, että rakentaa teoksessaan yksinkertaisempaa yksiosaista tuottamuskäsitettä (esim. s. 110).

¹¹⁸⁵ Duttge 2001 erit. s. 108–134 ja 209–214. Täsmällisyyttä painottava Duttge suhtautuu hyvin varauksellisesti riskilähtöiseen ajatteluun, jonka katsoo suorastaan kummallisissa määrin kiehtoneen rikosoikeutta (s. 15–25 ja 109).

¹¹⁸⁶ Duttge 2001 erit. s. 421, 422 ja 438 kuvaajat. Duttge pitää nimenomaan omaa malliaan epätasällisyyskiellon kannalta kestäväenä – ainakin siis niin kauan kuin lainsäätäjät kieltäytyvät selvittämästä tuottamuksen käsitettä (s. 486–487).

¹¹⁸⁷ Kröger 2016 s. 29–32.

käytännössä lainkaan, vaan tyytyy niin ikään lyhyesti esittelemään sen ja sen osakseen saaman kritiikin perusteita.¹¹⁸⁸

4.2.2 Kotimainen tilanne

Modernin, riskiorientoituneen ja siis niin Roxinin kuin Nuutilankin edustaman OZ-opin tilan voi uskoakseni rinnastaa niin Saksassa kuin Suomessakin 1900-luvun loppupuolella ihan ymmärrettävistä syistä alkaneeseen riemukulkueeseen, johon yhdellä jos toisella on vielä 2000-luvulla ollut kiire päästä mukaan ilman, että kovinkaan moni on enää tässä vaiheessa muistanut tai ymmärtänyt, miksi liikkeelle on alun perin lähdetty – saatikka, miksi kulkueessa enää olisi syytä astella ja soitella tamburiineja. Kaiken tämän innostuksen keskellä OZ-opista – tai suomalaisittain teon huolimattomuus -opista – on muodostunut melkoinen päänsärky. Se on epämääräinen, vaikeasti hahmotettava ja laajalle ulottuva oppirakennelma, jota voi soveltaa liki kaikkeen mahdolliseen tai sitten ei mihinkään ilman, että näiden kahden välillä välttämättä näyttäisi olevan kovinkaan suurta (ainakaan käytännöllistä) merkitystä. Kun juuri kukaan ei pitkään aikaan näytä olleen kiinnostunut ajattelemaan asiaa itsenäisesti ja kriittisesti, ollaan esimerkiksi Suomessa viimeistään 2010-luvulla tultu tilanteeseen, jossa teon huolimattomuus -opista aletaan luopua vähin äänin – siis ilman, että tätäkään osattaisiin sen kummemmin perustella. Uskoakseni tilanne Saksassa on ollut tämä jo 2000-luvulta alkaen. Moni vaikkapa tuottamusta suhteellisen syvällisesti tutkinut kirjoittaja ei kerta kaikkiaan näytä löytäneen OZ-opista apua, muttei toisaalta myöskään ole katsonut asiakseen lähteä oppia sen kummemmin horjuttamaan. Riittää, että asia jätetään sivuun viitaten oppiin kohdistettuun hajanaiseen kritiikkiin ja todeten, ettei asia nyt oman tutkimuksen kannalta ole kovin mielenkiintoinen. Saksan osalta uskomukseni perustuvat luonnollisesti varsin hajanaisiin huomioihin lähinnä tuottamusta koskevan teoreettispainotteisen keskustelun osalta. Suomen kohdalla uskallan sen sijaan väittää havainnoillani olevan huomattavasti painavimmat perusteet. Ja tämän yritän seuraavaksi osoittaa.

Kaikkein konkreettisin esimerkki kaikesta edellä väittämästäni on kotimaisen rikoslainopillisen keskustelun osalta Ari-Matti Nuutilan oppilaiden¹¹⁸⁹ Jussi Tapanin ja Matti Tolvasen vuoden 2008 rikosoikeuden vastuuopin oppikirjassaan tekemä linjanmuutos, jossa Tapani ja Tolvanen kahden tekstikappaleen aikana luopuvat aiemmissa tutkimuksissaan ja vielä vuoden 2004 vastuuoppia koskeneessa yleisesityksessään hyödyntämästään teon huolimattomuus -opista¹¹⁹⁰. ”Tietoista kannanmuutosta” perustellaan kolmella – tai oikeastaan kahdella – seikalla. Ensinnäkin oppi monimutkaistaa rikoksen rakenteen hahmottamista. Tunnusmerkistön mukaisuuteen kun sisältyy ilman sitäkin riittävän monia teoreettisesti haastavia vastuukategorioita ja erityisesti lainkäyttäjät tarvitsee työhönsä riittävän yksinkertaisen ja ”tieteisopin hienojakoisista erittelyistä” vapaan vastuurakenteen. Toiseksi teon huolimattomuus -oppia on Tapanin ja Tolvasen mukaan erittäin vaikea (tai pikemminkin tarpeetonta!) sijoittaa tahallisesti

¹¹⁸⁸ Kröger 2016 s. 188–190, 209–211, 319 sekä 397, joista erityisesti viimeisestä huokuu varsin kriittinen suhtautuminen OZ-oppiin.

¹¹⁸⁹ Molemmat ovat kirjoittaneet väitöskirjansa Nuutilan vetämän *Rikosoikeus 2001* -tutkimushankkeen puitteissa (Tolvanen 1999 s. v ja Tapani 2004 s. v).

¹¹⁹⁰ Tapani–Tolvanen 2008 s. 3–4. Vrt. Tapani–Tolvanen 2004, jossa teon huolimattomuus -oppia käsitellään yhtenä tunnusmerkistön mukaisuuden osatekijänä (s. 47–53).

rangaistavien rikosten rakenteeseen.¹¹⁹¹ Oikeustieteen, ja eritoten lainopin, tieteenteorian kannalta olisi jo itsessään äärimmäisen mielenkiintoista pohtia, miten ja miksi koko vastuuopin yleisesityksessä on ylipäänsä mahdollista noin vain luopua omien lähtökohtiensa valossa koko vastuuopin läpäisevästä oppirakennelmasta ilman, että koko asialla näyttäisi olevan järkevää suurta vaikutusta itse teokseen. Ja missä määrin tällaisen perusteleva on mahdollista lähinnä sillä, että vastuuopista nyt vain halutaan *helpompi* – tai ainakin helpomman näköinen – ja käytännön kannalta ikävistä tieteisopillisista hienouksista vapaa. Se, että opin yhdistäminen tahallisiin rikoksiin on tuottanut Tapanille ja Tolvaselle vaikeuksia, ei toki ole kovinkaan hyvä peruste sille, miksi oppia ei sitten sovellettaisi ainoastaan tuottamuksellisten rikosten kohdalla. Joka tapauksessa kirjoittajat esittelevät uuden oppikirjansa ”entistä määrätietoisemmaksi” matkaksi rikosoikeuden ”monikerroksiseen ja jännittävään” maailmaan, tai tarkemmin ”rikosoikeuden yleisten oppien *luotettavaan perusrakenteeseen*”¹¹⁹². Tarkoitukseni ei ole väittää, että kyseinen oppikirja olisi jotenkin huono. Päinvastoin, se tarjoaa uskoakseni varsin käyttökelpoisen ja (oikeus)käytännönläheisen esityksen rikosoikeudellisesta vastuuopista. Esimerkiksi viimeaikaisista kotimaisista yleisten oppien esityksistä uskaltaisin väittää sitä nimenomaan lainkäyttäjän kannalta hyödyllisimmäksi ja käyttökelpoisimmaksi. Sen sijaan väitän, että mahdollisuus luopua teon huolimattomuus -opista ilman havaittavia vaikutuksia vastuuoppien sisällössä, kertoo jotain olennaista teon huolimattomuus -opista itsestään. Lisäksi uskaltaudun väittämään, että Tapanin ja Tolvasen luopumukselleen esittämät perusteet kertovat lisäksi siitä, etteivät heistä kumpikaan liene kovinkaan syvällisesti teon huolimattomuus -oppia missään vaiheessa ymmärtäneet.

Väitteideni perustelemiseksi on toki uskaltauduttava helpon ja havainnollisen vastuuopin ohella myös tieteisopin hienouksiin. Tämä käy luontevasti kyseisten kirjoittajien tieteellisesti painottuneempien töiden kautta.

Lisensiaattityöhönsä pohjautuvassa teoksessaan *Huolellisuus tieliikenteessä* (1996) Tolvanen tyytyy lähinnä luettelemaan pääosin saksalaisten ja skandinaavisten rikoslainoppineiden kannanottoja tuottamuksellisia tieliikenne rikoksia koskien¹¹⁹³. Tätä seuranneessa väitöskirjassaan *Tieliikenne rikokset ja kriminaalipolitiikka* (1999) Tolvanen käy sen sijaan huomattavasti itsenäisempään tutkimukseen – ja siis tutkimukseen, josta on hyötyä myös lukijalle, joka sattuu saksalaiset ja skandinaaviset asioita koskevat kannanotot jo suurin piirtein tuntemaan. Vaikka väitöskirjan painopisteenä on jo otsikonkin mukaisesti kriminaalipolitiikan ja tieliikenne rikosoikeuden yhteensovittaminen, nousee myös tuottamus keskeiseen rooliin. Valitettavasti väitöskirjan itsenäinen ote ei kuitenkaan yllä tuottamukseen.

¹¹⁹¹ Tapani–Tolvanen 2008 s. 3–4. Hyvin samansuuntaisin perustein myös Sakari Melander 2016 s. 186 ei oman yleisen osan oppikirjansa osalta alun perinkään lähde hyödyntämään teon huolimattomuus -oppia. Melander nostaa edellä mainitun monimutkaisuuden ja (etenkin tahallisten rikosten kohdalla) turhuuden ohella perusteeksi sen, ettei oppia näytettäisi omaksutun oikeuskäytännössäkään. Ks. vielä Tapani 2010 s. 74, jossa tämä epäilee, tarvitaanko teon huolimattomuus -oppia *käsitteellisesti* rikosoikeudellisen vastuun edellytysten jäsentämisessä, sekä Tapani 2016 s. 432–433 ja 439, jossa Tapani käsittelee rikoksen ns. rakenneopin suhdetta Nuutilan teon huolimattomuus -oppiin.

¹¹⁹² Tapani–Tolvanen 2008 s. v–vi.

¹¹⁹³ Lisäksi Tolvanen ilmoittaa nimenomaisesti, ettei pyri tutkimuksessaan määrittelemään tuottamuksen käsitettä tai ratkaisemaan tuottamuksellisten rikosten ”oikeaa” lainopillista rakennetta, vaan rajoittuvansa ”huolellisuuden mittapuun” tarkasteluun eli pohtimaan, arvostellaanko yksilön käyttäytymistä yleisen objektiivisen standardin vai yksilöllisten ominaisuuksien mukaan (Tolvanen 1996 s. 17–18, 81–82 ja 199–200). Funktionalististen lähtökohtien puitteissa tämä johtaa tietysti rangaistuksen yleis- ja erityisestävyyteen liittyvään kriminaalipolitiiseen keskusteluun sekä empiriseen tutkimukseen perehtymiseen (s. 97–98). Lopulta tutkimuksen painopisteet muodostuvat kuitenkin (funktionalistisiin) tavoitteisiin verrattuna varsin kummallisiksi. Esimerkiksi sellaista aihetta kuin *teko-olosuhteiden vaikutusta huolellisuusarviointiin* Tolvanen ehtii lopulta käsitellä vain sivuilla 192–195.

Tolvanen nimittäin toteaa nimenomaisesti tukeutuvansa rikosoikeudellisen huolimattomuuden osalta ”kaikessa oleellisessa Nuutilan (väitöskirjassaan – JR) hahmottamaan perusrakenteeseen”¹¹⁹⁴.¹¹⁹⁵ Tolvasen tutkimukset eivät tarjoakaan tuottamuksen käsitteen tai jonkinlaisen yleisen rakenteen osalta mitään järin itsenäistä tai mielenkiintoista¹¹⁹⁶. Sen sijaan tutkimukset tarjoavat mielenkiintoista pohdintaa siitä, miten tieliikenne rikokset ovat ymmärrettävissä osaksi rikosoikeudellisia vastuupoppeja sekä yhteiskunnallista kriminaali- ja liikennepolitiikkaa.

Jussi Tapanin väitöskirja *Petos liikesuhteessa* (2004) muodostuu tältä osin huomattavasti mielenkiintoisemmaksi. Tapanin tutkimuksen kohteena on nimenomaan yritysten välistä liiketoimintaa koskevat RL 36:1:n petosrikoksen soveltamistilanteet ja tutkimuskysymyksenä *millaiset normatiiviset kriteerit määrittävät sallitun ja kielletyn välistä rajaa* tässä suhteessa. Kyse on systemaattis-teoreettisesta rikoslainopista, jonka tavoitteena on petoksen teoreettisen vastuurakenteen ”kohteellistaminen” ja ”käsitteellistaminen” selkeällä ja rationaalisella tavalla. Erityiseksi arvioinnin kohteeksi juuri kielletyn ja sallitun välisen rajanvedon osalta Tapani nostaa teon huolimattomuus -opin. Kyse on Tapanin mukaan tuottamuvastuun objektiivisesta elementistä, jonka keskeisenä sisältönä ovat *kielletty riskinotto* sekä tämän konkretisoituminen tunnusmerkistön mukaisessa seurauksessa, eli siis kielletyn *riskinoton relevanssi*.¹¹⁹⁷ Teon huolimattomuus -opin jäsentämisestä ja ylipäänsä soveltuvuutta petosrikoksen rakenteen osaksi pohtiessaan Tapani toteaa *kielletyn* (tai *sallitun*) *riskin* käsitteen erittäin ongelmalliseksi. Ongelmana on Tapanin mukaan se, että sallitulle riskille annetut määritelmät vaihtelevat sen mukaan, millaiseen rikoksen rakennemalliin itse kukakin sitoutuu. Tapani viittaa Diethelm Kienapfel’n tutkimukseen *Das erlaubte Risiko im Strafrecht* (1966), jonka mukaan kyse on ainoastaan erilaisia sallittuja tekoja kokoavasta käsitteestä, jonka osalta rankaisemattomuus siis eri tilanteissa perustuu erilaisiin normatiivisiin kriteereihin. Näin ollen koko sallitun riskin käsite voidaan korvata vaikkapa itsenäisillä oikeuttamisperusteilla, tunnusmerkistön (teleologisella) tulkinnalla, normatiivisella tekokäsitteellä tai vaikkapa rikosoikeudellisella tuottamuskäsitteellä. Lopulta sallittu riski jää tässä mielessä näennäiskäsitteeksi, jolla ei ole systemaattista, teoreettista eikä käytännöllistä merkitystä. Lisäksi Tapani problematisoi koko teon huolimattomuus -opin. Tapani toteaa osan tutkijoista soveltavan oppia vain tuottamuksellisiin rikoksiin, kun taas osalle se muodostaa koko vastuuarvioinnin keskeisen perustan ja osalla päinvastoin hyödyttömyyden, joka ei tuo mitään lisää rikosoikeudelliseen vastuuarviointiin. Tapanille itselleen oppi merkitsee ”enemmän-vähemmän -luonteista rikosoikeudellista konstruktia”, joka voidaan kyllä abstraktilla tasolla sijoittaa tuottamuksen ohella myös tahallisten

¹¹⁹⁴ Tolvanen 1999 s. 4. Käytännössä ks. erit. s. 427–436, jossa Tolvanen käsittelee ainakin otsikkotasolla teon huolimattomuutta juuri tyyppitapausten kautta. Ks. myös esim. Knuts 2010 s. 80 erit. alav. 257, joka toteaa lukevansa Tolvasen väitöskirjaa ylipäänsä varsin voimakkaasti Nuutilalta vaikutteita ottavana.

¹¹⁹⁵ Tolvanen toteaa teoksensa tutkimusongelmaksi epätoivottavan liikennekäyttäytymisen. Tutkimuksessaan Tolvanen kertoo arvioivansa voimassa olevan oikeuden kriminalisointeja ja rikosvastuun ehtoja sekä oikeuskäytäntöä liikennepoliittisten tavoitteiden ja kriminaalipolitiikan kannalta (Tolvanen 1999 s. 10). Pääasialliseksi tavoitteekseen Tolvanen ottaakin tieteenalojen välisen *diskurssin* toteuttamisen pyrkien tarjoamaan käyttäytymis- ja teknisten tieteiden edustajille normatiivisen näkökulman, lainsäätäjälle ja -käyttäjälle empirisen argumentaatiopohjan sekä vielä nimenomaan lainkäyttäjälle kriminaalipoliittisen perustelumallin (s. 14–15 ja 451, ks. myös 156–158). Sinällään väitöskirjan lainopillinen painopiste on edelleen tuottamuksellisisa rikoksissa ja rikosoikeudellisessa huolimattomuudessa (s. 4–5).

¹¹⁹⁶ Mikäli tällaista haluaa löytää, kannattanee suunnata huomio nimenomaan vahinkoseurauksia aiheuttamattomiin tuottamuksellisiin vaarantamisrikoksiin, joiden osalta esim. vastaväittäjä Raimo Lahti 2000 s. 277 arvioi Tolvasen yltävän Nuutilan huolimattomuusopin edelleen kehittelyyn ja omiinkin painotuksiin. Tältä osin on tosin hyvä muistaa, että Tolvanen rajaa tarkastelemansa liikenne rikostunnusmerkistöt siten, ettei paljon muuta jää jäljellekään (s. 283–284 ja Tolvanen 1999 s. 4).

¹¹⁹⁷ Tapani 2004 s. 3, 9–11 ja 108–111. Tapani ei lue teon huolimattomuus -oppiin siis enää kolmatta vaatimusta *tunnusmerkistön ulottuvuudesta*, vaan tyytyä toteamaan ainoastaan eräiden tutkijoiden näin tekevän, ja viitaten tältä osin Claus Roxiniin sekä Ari-Matti Nuutilaan.

rikosten tunnusmerkistön mukaisuuteen, vaikkakin tietyissä rikostyypeissä sallitun toiminnan alue kutistuu niin pieneksi, ettei opin kriteeristölle jää mitään tarvetta. Oppia voidaan myös hyödyntää rikossäännösten systematisoinnissa ja tulkinnassa, vaikkei teon huolimattomuutta varsinaisesti tahallisten rikosten tunnusmerkistön mukaisuuteen sijoittaisikaan. Lopulta Tapani päätyy siihen, ettei petosrikoksen kohdalla ole välttämätöntä operoida teon huolimattomuus -opilla.¹¹⁹⁸ Sitä, mikä merkitys opilla operoimisella tai operoimatta jättämisellä lopulta on, en kykene Tapanin tutkimuksesta ymmärtämään. Kysehän on lopulta ”rikosoikeudellisesta konstruktiosta”, joka tuntuu Tapanin esityksessä irtaantuvan hyvin abstraktille tasolle. Aivan samaan tapaan Tapani väistää *sallitun riskin* käsitteeseen liittämänsä ongelmat sanoutumalla irti kyseisen termin käyttämisestä.¹¹⁹⁹ Elina Pirjattaniemi on todennut Tapanin väitöskirjassaan omaksuman kannan teon huolimattomuus -opin osalta ”välittäväksi” koskien kiistaa opin soveltumisesta tuottamuksellisten ohella tahallisiin rikoksiin.¹²⁰⁰ Tällaiseksi sen voi varmasti mieltää, mutta yhtä lailla kantaa voi nähdäkseni luonnehtia *epävarmaksi* tai *mitäänsanomattomaksi*. Liki minkä tahansa juridisen käsitteen tai oppirakennelman voi halutessaan todeta ”oikeudelliseksi konstruktioksi”, jonka sijaan on mahdollista operoida myös lukemattomilla muilla konstruktioilla.

Tapanin väitöskirjan ohella Mikael Lohsen vuoden 2012 väitöskirja käy hyväksi esimerkiksi siitä epäselvyydestä, joka teon huolimattomuus -opin ympärillä kotimaisissa akateemisissakin hankkeissa vallitsee. Lohse etsii tutkimuksessaan terrorististen valmistelu- ja edistämisrikosten paikkaa rikosoikeudellisessa järjestelmässä sekä kyseisten rikosten teoreettista vastuurakennetta (nimenomaisena esikuvanaan Jussi Tapanin väitöskirja). Lisäksi Lohse pyrkii sovittamaan riskin käsitteen kyseisiin rikoksiin.¹²⁰¹ Teoreettista vastuurakennelmaa (tai ”räjäytyskuvaa”) rakentaessaan Lohse jäsentää kumpaisenkin rikoksen tunnusmerkistöt viiteen erilaiseen vastuun perustavaan seikkaan: 1) vastuusubjekteihin, 2) tekotapoihin, 3) vaarantamiseen, 4) teon huolimattomuuteen sekä 5) tahallisuuteen.¹²⁰² Sinällään ehkä johdonmukaisen kuuloinen ja selkeä jäsenitys hajoaa ennen kaikkea teon huolimattomuuden kohdalla.

Lohse arvelee terrorismirikosten kiperimpien oikeuskysymysten paikallistuvan juuri sallitun ja kielletyn riskin rajapintaa merkitsevään teon huolimattomuuteen. Tämän ohella Lohse sisällyttää perusoikeuksien ja -vapauksien tarkastelun ja huomioinnin nimenomaan kyseiseen vastuukategoriaan; kyseisten oikeuksien ja vapauksien käyttäminen kun Lohsen mukaan merkitsee luonnollisesti toimimista sallitulla tavalla – tavalla, joka ei voi täyttää mitään rikostunnusmerkistöä. Tämän varmistamiseksi Lohse toteaa, ettei juuri teon huolimattomuus -opin tarjoamaa argumentaatioarsenaalia pidä mennä sulkemaan terrorismirikosten osalta pois. Lohse siis ymmärtää perusoikeuksien ja -vapauksien käytön sallitun riskin ydinalueelle sijoittuvana yksilöllisen toimintavapauden käyttönä ja perustuslain 12 ja 13 §:n kaltaiset säännökset ”sallitun riskin kriteereinä”, joiden käyttöön tosin hänen mukaansa liittyy myös velvollisuuksia ja vastuuta.¹²⁰³ Kaiken tämän jälkeen – ja huomioiden etenkin, että Lohse jyvittää terrorismirikoksille ilman muuta hyvinkin

¹¹⁹⁸ Tapani 2004 s. 113–117 ja 229.

¹¹⁹⁹ Tapani 2004 s. 115.

¹²⁰⁰ Pirjattaniemi 2005 s. 263.

¹²⁰¹ Lohse 2012 s. 5–6.

¹²⁰² Lohse 2012 s. 13.

¹²⁰³ Lohse 2012 s. 57, 179–180 ja 185–187.

olennaisen perus- ja ihmisoikeusargumentaation teon huolimattomuus -opin alaisuuteen – on melkoinen yllätys, ettei Lohse tutkimuksensa lopussa ”henkilökohtaisesti” kykenekään hahmottamaan ”ensimmäistäkään sisällöllistä seikkaa, joka puoltaisi teon huolimattomuus -opin käyttöä terroristisen valmistelurikossäännöksen yhteydessä”. Sinällään Lohse kyllä toteaa opin olevan sijoitettavissa osaksi niin terroristisen valmistelun kuin edistämisenkin vastuurakennetta. Lohse päätyy kuitenkin siihen, ettei tällaiseen ole tarvetta!¹²⁰⁴ Lopputulos vaikuttaa täysin käsittämättömältä. Ensin perus- ja ihmisoikeudet jyvitetään nimenomaisesti (ja yksinomaisesti) teon huolimattomuus -opin ”argumentaatioarsenaalin” alaisuuteen. Tämän jälkeen oppi jäsennetään osaksi rikosvastuun perustavaa rakennemallia. Ja lopuksi todetaan, ettei oppia itse asiassa siellä tarvitakaan – ainakaan siis Lohsen ”henkilökohtaisen” hahmotuskyvyn puitteissa.

Tuorein esimerkki teon huolimattomuus -opin soveltamisesta (tai soveltamattomuudesta!) lienee Heli Korkan yritys muodostaa niin sanotun ”organisaatiohuolimattomuuden” yleinen vastuurakenne. Kyse on RL 9:2.1:n mukaisesta oikeushenkilön rangaistusvastuun edellytyksestä, jonka mukaan yhteisösakko tuomitaan muun muassa, jos oikeushenkilön toiminnassa ”ei ole noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta rikoksen ehkäisemiseksi”. Korkka toteaa organisaatiohuolimattomuuden muistuttavan rakenteellisesti seurausrikosta siten, että rangaistusvastuu edellyttää huolimattomuutta joka riittävässä määrin myötävaikuttaa seurauksen (eli yhtiön toiminnassa tapahtuneen rikoksen) syntymiseen. Korkka tarkasteleekin organisaatiohuolimattomuuden vastuurakennetta analysoimalla saman tyyppisiä vastuun osatekijöitä luonnollisen henkilön seurausrikosvastuussa. Vastuurakenteen elementeiksi muodostuvat näin *objektiivinen tunnusmerkistön mukaisuus* (eli teon ja seurauksen välinen syy-yhteys sekä teon huolimattomuusarviointi), *subjektiivinen tunnusmerkistön mukaisuus* (eli tahallisuus tai tuottamus (tekijän huolimattomuus)), *syällisyys* ja *oikeudenvastaisuus*. Organisaatiohuolimattomuuden kohdalla vastuun painopiste on Korkan mukaan nimenomaan näistä ensimmäisessä, jonka puitteissa on siis pohdittava oikeushenkilön toiminnan ja toiminnassa tapahtuneen rikoksen syy-yhteyttä sekä toiminnan huolimattomuutta. Korkka toteaa, että luonnollisesta henkilöstä poiketen arviointi on oikeushenkilön kohdalla syytä aloittaa syy-yhteyden sijaan objektiivisesta huolellisuusvelvoitteesta, jonka tarkastelun Korkka arvioi usein luonnolliseen henkilöön kohdistuvaa arviointia monimutkaisemmaksi. Kyse on siitä, minkä seikan ”aiheuttamisvoimaa” ylipäänsä myöhemmän syy-yhteysedellytyksen osalta tutkitaan. Tällainen oikeushenkilön objektiivisen huolellisuusvelvollisuuden täsmentäminen muistuttaa Korkan mukaan luonteeltaan teon huolimattomuus -oppia. Subjektiviisen tunnusmerkistön mukaisuuden ja syällisyyden osalta Korkka pyrkii puolestaan muotoilemaan erityisen ”oikeushenkilöllisen syällisyysperiaatteen”.¹²⁰⁵

Lopulta teon huolimattomuus -opilla ei kuitenkaan näytä olevan paljoa annettavaa Korkankaan vastuurakenteelle – ei ainakaan Nuutilan muotoilemalla kolmiportaisella opilla. Oikeushenkilön objektiivisen huolellisuusvelvoitteen sisällön osalta kysymys palautuu siihen, onko oikeushenkilön toiminnassa luotua mahdollista riskiä rikoksen tapahtumisesta pidettävä kiellettyä vai sallittuna. Tältä osin Korkka toteaa

¹²⁰⁴ Lohse 2012 s. 261.

¹²⁰⁵ Korkka 2019a s. 313 ja 316–318. Ks. erit. alav. 15, josta käy ilmi se luonnolliseen henkilöön soveltuva rikoksen yleinen rakennemalli, jota Korkka soveltaa.

lainopillisen analyysin jäävän yksittäistapauksellisten tilanteiden tapauskohtaisuuden johdosta väistämättä yleisluontoiseksi pääsääntöjen esittelyksi, jota Korkka vielä konkretisoi oikeustapausesimerkein.¹²⁰⁶ Mielenkiintoista on se, ettei Korkka näe teon huolimattomuus -opille tyypillisellä *riskinoton relevanssilla* merkitystä organisaatiohuolimattomuuden arvioinnissa. Asia kun tulee joka tapauksessa arvioituksi syy-yhteyden kohdalla.¹²⁰⁷ Nuutilalaisen teon huolimattomuus -opin kolmannelta tekijältä eli *tunnusmerkistön ulottuvuudesta* Korkka ei puhu lainkaan. Syy-yhteyden Korkka ymmärtää ”objektiivisen huoletellisuusvelvoitteen analyysin oikeaksi kohdistamiseksi”; vain seurauksen kanssa syy-yhteydessä oleva huoletellisuusvelvoitteen laiminlyönti on rikosoikeudellisen vastuun kannalta merkityksellistä.¹²⁰⁸ Kyse lienee tismalleen samasta asiasta, josta esimerkiksi Ari-Matti Nuutila puhuu *kielletyn riskinoton relevanssina*.¹²⁰⁹ Olennaisena erona on kuitenkin se, että Korkka sitoo tämän rikosvastuullisen merkityksellisyyden tapansa mukaan NESS-testin avulla selviävään ”faktiseen” syy-yhteyteen.¹²¹⁰ Lopputuloksena on näennäisen analyttinen marssijärjestys, jossa objektiivinen ja subjektiivinen sekä normatiivinen ja empiirinen yritetään jaotella jotenkin toisistaan erillään arvioitaviksi kategorioiksi tässä tietystikään täysin onnistumatta. Teon huolimattomuus -opin (, jos sellaisesta nyt haluaa tässä kohdin enää edes puhua) osalta mukana on juurikin jo edellä mainittu mitä epämääräisin ajatus kielletyn ja sallitun riskin erottamisesta. Kaikki muu kyseisestä opista loistaa poissaolollaan. Tässä ei sinällään ole mitään ihmeellistä. Korkka toteaa itsekkin ilmeiseksi, ettei ”perinteinen rikosoikeudellinen tuottamusdoktriini” sellaisenaan sovellu organisaatiohuolimattomuuden vastuurakenteeseen.¹²¹¹ Ihmeellistä on sen sijaan se, että Korkka antaa ymmärtää (ja varmasti ihan aidosti ajattelee) hyödyntävänsä vastuurakennelmansa osalta teon huolimattomuus -oppia, vaikka nähdäkseni on selvää, että Korkan malli on lähinnä kyseisen opin vastainen^{1212 1213}.

¹²⁰⁶ Korkka 2019a s. 319–326.

¹²⁰⁷ Korkka 2019a s. 320 erit. alav. 24. Heti seuraavalla sivulla Korkka tosin toteaa normista poikkeavan toiminnan olevan rikosvastuun kannalta merkityksellistä, mikäli sillä luodaan riski suhteessa oikeushenkilön toiminnassa tapahtuvaan rikokseen. Näyttäisikin siltä, ettei Korkka onnistu pitämään syy-yhteyteen liittyviä arviointoja erossa sallitun ja kielletyn riskin määrittämisestä. Ja miten pystyisikään, kun jo (niin kielletyn kuin sallitunkin) *riskin* käsite edellyttää vähintäänkin jonkinlaisen ajatuksen mahdollisesta vahingosta ja sen todennäköisyydestä?!

¹²⁰⁸ Korkka 2019a s. 327.

¹²⁰⁹ Nuutilan mukaanhan kielletyn riskinoton relevanssissa on kyse siitä, ”missä suhteessa vahinkoseurauksen on oltava sen aiheuttaneeseen tekoon”. *Relevanssi* edellyttää, että vahinkoseurauksessa realisoituu nimenomaan tekijän aiheuttama kielletty riski. Nuutila toteaaakin kyseen olevan ”aidossa mielessä riskinjaosta vahingonaiheuttajan ja vahingonkärsijän välillä”. (Nuutila 1996 s. 399, 402 ja 404)

¹²¹⁰ Korkka 2019a s. 327 alav. 43.

¹²¹¹ Korkka 2019a s. 331.

¹²¹² Jos teon huolimattomuus -opissa jokin on olennaista, on se huolimattoman käyttäytymisen eli kielletyn riskin ottamisen kulloinkin relevanssi, jota ei tule pelkistää jonkinlaiseksi ”faktiseksi”, ”empiiriseksi” tai ”naturalistiseksi” kausaalisuutta koskevaksi tosiasiakysymykseksi!

¹²¹³ Korkan lisäksi teon huolimattomuus -oppia ovat oikeushenkilön rangaistusvastuun saralla soveltaneet Heikki Jaatinen ja Matti Nissinen. Jaatinen 2000 s. 91–112 sekä myös 115–119 ja 137–140 ottaa tuottamuksen luonteen *kielletynä* ja seuraukseen (eli siis oikeushenkilön toiminnassa tehtyyn rikokseen) nähden *relevanttina riskinottona* annettuna pyrkien jatkokehittämään nimenomaan kiellettyä riskinottoa koskevaa oppia (s. 103). Lopulta tämä jää siinä määrin yleiselle tasolle, ettei Ari-Matti Nuutilan väitöskirjassaan esittämien ajatusten referointia pidemmälle juuri päästä. Nuutilaan suuntautuvasta uskonvarmuudesta kertoo myös s. 116 passiiviin puettu kanta siitä, kuinka ”(o)n nähty, ettei lievästä tuottamuksesta tulisi rangaista, jos ihmisiä kunnioitetaan valintoihin kykenevinä” esittää, mitä ihmettä lievä tuottamus oikein on. Vaatimusten yhdistäminen ihmisten ja heidän valintojensa kunnioittamiseen kuulostaa sinänsä tietysti valtavan hienolta ja ihanalta. Nissinen 1996 s. 176–183 hyödyntää (Nuutilan 1995a s. 75 muotoilemaa) teon huolimattomuus -oppia ”ajatuksellisenä taustana” pohtiessaan esimiesten valvontavelvollisuuden merkitystä. Käytännössä Nissinen pyrkii esittämään kriteeristön sille, millaista intensiteettiä esimiehen valvonnalta erilaisissa arviointitilanteissa olisi perusteltua odottaa, ja mitä kautta sallittu ja kielletty riskinotto kyettäisiin tältä osin erottamaan. Kysymyksen riskinoton relevanssista Nissinen toteaa joutuvansa tutkimuksessaan pitkälti sivuuttamaan (s. 182 alav. 163).

Esittämäni havainnot Tolvasen, Tapanin, Lohsen ja Korkan tutkimuksista eivät ole tarkoitetut leimaamaan niitä jotenkin *huonoiksi*¹²¹⁴. Sen sijaan yritän osoittaa, ettei teon huolimattomuus -oppi ole kerta kaikkiaan tarkasti katsoen näytelty kovinkaan kaksista roolia edes sellaisissa akateemisissa hankkeissa, jotka nimenomaisesti yrittävät oppia hyödyntää. Esittämäni voidaan toki vastata toteamalla, ettei koko teon huolimattomuus -opin tarkoituksena ole toimia sellaisena rikosoikeussysteemaattisena jäsennyvälineenä, johon vaikkapa Tapani, Lohse ja Korkka sitä yrittävät käyttää. Sen sijaan opin tehtävänä on tarjota konkreettista argumentatiivista tukea käytännön elämän ratkaisutilanteisiin¹²¹⁵.

Siirrettäessä katse käytännön elämän ratkaisutilanteisiin vaikuttaa kuitenkin vielä edellistäkin selvemmältä, ettei teon huolimattomuus -opilla ole missään vaiheessa ollut paljoa annettavaa. Tai vaihtoehtoisesti lainkäyttäjillä ei ole ollut halua (tai älyä) sitä hyödyntää.

Dan Frände toteaa, ettei teon huolimattomuus -oppia puoltaneiden akatemikoiden ponnisteluilla näytä olleen havaittavaa vaikutusta niin kotimaiseen lainsäädäntöön kuin oikeuskäytäntöönkään. Frände nostaa esille korkeimman oikeuden ratkaisut 1998:67, 2006:25 sekä 2007:62, joiden hän katsoo osoittavan selvästi, ettei korkein oikeus ole antanut teon huolimattomuus -opille varsinaista merkitystä. Syyksi tähän Frände arvioi niin siviili- kuin rikosasioitakin ratkaisemaan tottuneen kotimaisen tuomarikunnan taipumuksen arvioida rikosoikeudellisia vastuukysymyksiä siviili- ja ennen kaikkea vahingonkorvausoikeudessa keskeisessä asemassa olevan ennalta-arvattavuuden kautta. Frände arveleekin, ettei objektiivista syyksi lukemista tulla oikeuskäytännössä erottamaan niin kauan kuin asian osalta ei tehdä eroa vahingonkorvausoikeudessaan.¹²¹⁶ Fränden havainnot ovat nähdäkseni sinällään

¹²¹⁴ Tietynlaista "huonoutta" toki edustaa nähdäkseni se, että ne kaikki pohjautuvat mielestäni erityisesti teon huolimattomuus -opin osalta joko epäitsenäiseen (eritoten Tolvanen), ajallisesti varsin pinnalliseen (eritoten Tapani), sisäisesti ristiriitaiseen (eritoten Lohse) ja/tai traditiotaan tuntemattomaan (eritoten Korkka) tutkimusotteeseen. Yhdyn tässä kohdin kolmen ensimmäisen vastaväittäjinä toimineiden Lahden ja Melanderin huomioihin: Tolvasen oikeusteoreettiset kehittämät eivät rikoksen rakennepuolelta ole erityisen kiinnostavia yksinkertaisesti siksi, että tämä itsekin ilmoittaa tukeutuvansa kaikessa oleellisessa Nuutilan omaksumaan rikoksen perusrakenteeseen (Lahti 2000 s. 284), Tapani puolestaan on sinällään lukenut melko paljon, mutta lähinnä tuoretta oikeuskirjallisuutta, minkä johdosta hän ei osaa antaa erilaisten oppitraditioiden kehitykselle asialle kuuluvaa painoarvoa, eikä suhteuttaa kehityskulkuja toisiinsa (Lahti 2004 s. 933 ja 937). Lohsen tutkimuksen ongelmana on perus- ja ihmisoikeuksien eräänlainen häivyttäminen Nuutilalta omaksuttuun teon huolimattomuus -oppiin (Melander 2013 s. 974 ja 978–979), joka vielä kaiken kukkuraksi näytettäisiin sekin häivyttävän lopussa jonkinlaiseksi henkilökohtaiseksi ja enemmän tai vähemmän yhdenkään valintakysymykseksi! Ongelmalliseksi *huonoudesta* puhumisen tekee kuitenkin se, että erinäisten puutteiden ohella tulisi huomioida paljon muutakin; vaikkapa tutkimukselle asetetut aikamäärät yms. resurssikysymykset sekä tutkimuksen vahvuudet. Esim. Lahti huomioi aivan aiheellisesti Tapanin väitöskirjan taustalla olevan vuoden 1996 tutkimusudistuksen ja sen mukaiset *opinnytysteiden* suoraviivaistetut määrään ja laajuuteen liittyvät kriteerit (Lahti 2004 s. 930 ja 933). Esim. Tolvasen työn osalta voitaneen resurssiajattelun puitteissa todeta, että rakenne- ja tuottamusooppien syvälinen omakohtainen pohdiskelu olisi varmasti ollut pois siitä mielenkiintoisesta pohdinnasta, jota politiikan, empirian ja dogmatiikan välisen diskurssin rakennusyritykseen nyt on kyetty käyttämään.

¹²¹⁵ Esimerkkeinä luontevammasta tavasta teon huolimattomuus -opin hyödyntämiseen ks. Pirjatanniemi 2005 s. 258–263, joka toteaa teon huolimattomuus -opin sisältävän "eräänlaista emansipatorista, ympäristön kannalta hyödyllistä potentiaalia", millä hän viittaa kielletyn riskin tapauskohtaisesti liikkuviin rajoihin sekä opin ylipäänsä rikosvastuulle asettamiin lisäkritereihin, joita voidaan ajatella tulkittavan ympäristöarvojen hyväksi. Samalla oppi tarjoaa Pirjatanniemelle vastuuarviointiin systemaattisemman mallin kuin vaikkapa perinteinen yleisen hyväksyttävyyden varaan rakentuva "sosiaaliadekvanssi", joka vieläpä ympäristöasioissa monesti tarkoittaa lähinnä jo vakiintuneiden – ja usein ympäristön kannalta vahingollisten – toimintamallien hyväksymistä. Pirjatanniemi hyödyntääkin väitöskirjassaan teon huolimattomuus -oppia (ja ennen kaikkea siis sen Nuutilan muotoilemaa varianttia (s. 261)) pyrkien sen osalta täsmentämään ennen kaikkea sallitun ja kielletyn riskin välistä rajanvetoa ympäristöriskien kannalta relevantteissa arviointitilanteissa (ks. erit. s. 267–273). Lopulta rikosvastuun rajojen täsmäntäminen ei kuitenkaan ole se, mihin Pirjatanniemi tutkimuksessaan ensi sijassa tähtää. Pikemminkin kyse on perustavanlaatuisemmasta ympäristönäkökohtien tuomisesta osaksi rikosoikeutta ja siis ylipäänsä rikosvastuun paikantamisen ymmärtämisestä ympäristöriskiasioissa. (s. 275) Kuten vastaväittäjä Träskmankin huomauttaa, ei Pirjatanniemi käsittele rikosoikeuden yleisiä oppeja tältä osin mitenkään kattavasti, vaan esimerkiksi teon huolimattomuus -opin kohdalla rajoittuu lähinnä varovaisuus- ja huolellisuusperiaatteen merkitykseen (Träskman 2006 s. 495). Joka tapauksessa kyseinen oppi tarjoaa Pirjatanniemelle mahdollisuuden sisällyttää ympäristönäkökohtia rikosoikeudelliseen argumentaatioon – eli tuoda tietynlainen kriminaalipoliittinen näkemys osaksi rikoslainoppia.

¹²¹⁶ Frände 2013 s. 272 ja 278–280. Frände ei vaikuta huomanneen asian suhteen ainakaan merkittäviä muutoksia myöskään analysoimassaan uudemmassa KKO:n oikeuskäytännössä (Frände 2020, Frände 2018, Frände 2017 erit. s. 11–12, Frände 2016b)

täysin oikeita – ja uskoakseni myös pitkälti kiistattomia¹²¹⁷. Teon huolimattomuus -oppia ei ainakaan nimenomaisella tasolla ole löydettävissä korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö korkein oikeus sinällään voisi oppia hyödyntää. Korkein oikeus on läpi 2000-luvun suhtautunut varsin pidättyvästi oikeuskirjallisuuteen viittaamiseen. Tästä johtuen on usein hyvin vaikea selvästi sanoa, mistä kulloisiinkin ratkaisuihin johtaneet ajatusmallit ovat peräisin¹²¹⁸. On täysin ajateltavissa, että korkein oikeus saattaisi rikosoikeudellisia syyksi lukemisen kysymyksiä ratkaistessaan asiasisällöllisesti tukeutua teon huolimattomuus -oppiin, mutta jättää tämän mainitsematta selvien lähdeviittausten tai edes terminologian muodossa. Asian selvittäminen edellyttäisi korkeimman oikeuden oikeuskäytännön syvälukua nimenomaan teon huolimattomuus -oppia silmällä pitäen.

Juuri näin toimii Magnus Ulväng vuonna 1998 julkaistussa maisteriopintojensa lopputyössä – joskin tietysti ruotsin *högsta domstolenin* ja Nils Jareborgin *gärningsculpa*-opin näkökulmasta. Ulväng tarkastelee kuutta *högsta domstolenin* ratkaisemaa tieliikennerikostapausta pyrkien nimenomaisesti selvittämään, sopiiko tuomioistuimen argumentaatio yhteen Jareborgin *två sorters culpa* -teorian kanssa¹²¹⁹. Varsinaisen tutkimusintressin ohella Jareborgin ohjauksessa kirjoitettu lopputyö tukeutuu ylipäättäänkin rikosoikeudellisessa ajattelussa hyvin vahvasti juuri Jareborgin rikoslainoppiin. Esimerkiksi eri tapausten tapahtumainkulku jäsennetään nimenomaan Jareborgin analyyttisen mallin mukaisiin osatekijöihin: *kontrolloitu käyttäytyminen* → *syy-yhteys* → *kontrolloimaton seuraus*¹²²⁰. Juuri tästä syystä Ulvängin työ on äärimmäisen mielenkiintoinen. Ulväng nimittäin onnistuu löytämään kaksijakoisen culpa-mallin jokaisesta analysoimastaan ratkaisusta! Ulväng toteaa, ettei kyseinen malli käy yksiselitteisesti kaikista tuomioista ilmi, mutta ”implisiittisesti” se on tuomioita analysoimalla niistä löydettävissä. Vähintäänkin kyseinen malli tarjoaisi Ulvängin arvion mukaan hyvän tavan tuottamusarvioinnille joka ainoassa tapauksessa. Tutkimuksen lopputuloksena onkin ”havainto” siitä, että Jareborgin teoria on relevantti ja hyödyllinen.¹²²¹ Ulvängin tutkimusta vaivaa nähdäkseni alituisen epäselvä rajanveto siinä, milloin Jareborgin teoria todella *löytyy* HD:n perusteluista, milloin sen *voi sieltä niin halutessaan nähdä* ja milloin sitä olisi Ulvängin näkemyksen mukaan *syytä tapausta ratkaistaessa hyödyntää*. Olennaista Ulvängin tutkimuksessa ei itselleni olekaan niinkään se, onko Ulväng havaintojensa

erit. s. 13–14 sekä Frände 2014b). Ratkaisun KKO 2015:95 osalta Frände tosin on tyytyväinen ennalta-arvattavuuden yhdistämisestä kausaliteetin sijaan nimenomaan tekijän huolimattomuuteen (personlig oaksamhet). Ks. myös Asp-Ulväng-Jareborg 2013 s. 138, jotka tekevät aivan samanlaisen huomion ruotsalaisen oikeuskäytännön osalta: *gärningsculpa* ei ainakaan terminologisesti ole lyönyt läpi oikeuskäytännössä, jossa tavallisin arviointimalli lienee vahingonkorvausoikeudellinen ja adekvanssiin perustuva. Tältä osin on tosin todettava, että *högsta domstolenin* varsin tuore ratkaisu B 2553–19 saattaa merkitä olennaista linjanmuutosta ainakin HD:n taholta. Kyseisessä tapauksessa HD omaksui kuolemantuottamusta koskevassa rikosvastuun arviointitilanteessa lähtökohdaksen huomattavasti aiempaa selvemmin Ruotsissa etenkin Nils Jareborgiin henkilöityvän ”kahden culpan” -opin, mukaan lukien hyvin analyyttinen kysymyspatteristo sen selvittämiseksi, onko arvioinnin kohteena ollut toiminta merkinnyt; 1) *kiellettyä riskintottoa* (tuomion kohdat 11 ja 14–19) ja 2) onko tällainen ollut *relevantissa/adekvaatissa suhteessa* uhrin kuolemaan (kohdat 12 ja 26–27). Vaikkei HD missään kohtaa käytä sanaa ”*gärningsculpa*”, ilmentää ratkaisuun nähdäkseni nimenomaan kyseistä oppia.

¹²¹⁷ Esim. Melander 2016 s. 186 esittää selviönä, ettei teon huolimattomuus -oppi ole saavuttanut vastakaikua oikeuskäytännössä. Samoin Frände 2012a s. 89.

¹²¹⁸ Kuten esim. Tapani 2010 s. 113–114 toteaa, oikeustieteen piirissä ei ole mitenkään harvinaista pyrkiä sijoittamaan KKO:n ratkaisukäytäntöä myöhemmin mitä erilaisimpiin teoreettisiin kehikkoihin, joita ei kuitenkaan ratkaisua annettaessa ole välttämättä edes mietitty. Jalkirationalisoinnin vaara piilee ylipäänsä kaikessa *oikeustieteellisessä* analysoinnissa! Esimerkkinä ks. Saranpää 2015 erit. s. 307–329, 332 ja 334, joka etsii kotimaisesta oikeuskäytännöstä ”jälkiä” casus mixtus -opista lopputuloksenaan, että kyseisestä opista löytyy kyllä viitteitä ilman, että oppia kuitenkaan olisi nimenomaisesti oikeuskäytännössä mainittu. Myös Saranpää on vallan tietoinen ongelmista, joita liittyy erinäisten oppien ja teorioiden lukemiseen oikeuskäytännöstä ja muistuttaakin tutkijan saattavan helposti vetää tuomioistuimen kirjoittamista ratkaisuperusteista johtopäätöksiä, joita tuomarit eivät suinkaan alun perin ole tarkoittaneet, vaan joutuvat myöhemmin tutkimuksia lukiessaan päivittelemään: ”*jaa, niinkös me teimme*” (s. 283).

¹²¹⁹ Ulväng 1998 s. 10–11.

¹²²⁰ Ulväng 1998 s. 13 ja 93.

¹²²¹ Ulväng 1998 s. 33, 52, 69, 77–78, 89, 106 ja yhteenvedonomaaisesti 119.

osalta oikeassa, vaan ennen kaikkea se, että hän kykenee aivan perustellusti ”löytämään” *gärningsculpan* (eli siis *två sorters culpa* -opin toisen osatekijän) joka ikisestä tarkastelemastaan ratkaisusta. Tämä kuvastaa uskoakseni ennen kaikkea sitä joustavuutta ja epämääräisyyttä, mikä oppiin liittyy. Kyse on siitä, että *kiellettyjä/sallittuja riskejä*, niiden *relevansseja* ja jopa *tunnusmerkistön ulottuvuuksia* voi löytää – halutessaan ja *riittävän* tarkasti analysoidessaan! – mistä tahansa ihmistoiminnasta.¹²²²

Esimerkiksi Samuel Cavallin kummastelee jo seuraavana vuonna julkaistussa väitöskirjassaan Ulvängin johtopäätöstä Jareborgin kaksiportaisen culpa-mallin sovellettavuudesta oikeuskäytäntöön. Cavallin kun ei onnistu kahdenlaista culpaa kyseisistä högsta domstolenin ratkaisuista löytämään, vaan päinvastoin katsoo itse selväksi, ettei kahdensortin culpaa sovelleta oikeuskäytännössä! Lisäksi Cavallin ei myöskään pidä koko kahtiajakoa ylipäänsäkään kannatettavana. Itse asiassa Cavallin näyttäisi lukevan myös Ulvängin tutkimusta siten, ettei tämäkään lopulta edes löytänyt tarkastelemistaan oikeustapauksista kaksijakoista culpaa, vaan pikemminkin toteaa vain sellaisen olevan niihin ajateltavissa.¹²²³

Korkeimman oikeuden oikeuskäytännön seikkaperäisen lähiluvun sijaan tyydyn itse viittaamaan suhteellisen tuoreeseen tapaukseen KKO 2019:98, jossa asetelma oli teon huolimattomuus -opin soveltamisen kannalta mitä otollisin; terveyskeskuslääkäri oli hoitanut sydäninfarktipotilasta selvästi hoito-ohjeiden vastaisesti ja potilas oli myöhemmin menehtynyt keskussairaalassa siten, että asiassa kaikkien kuultujen lääketieteen asiantuntijoiden mukaan selviytymismahdollisuudet olisivat olleet paremmat, jos hoito-ohjeita olisi noudatettu. Korkeimmassa oikeudessa kyse oli siitä, oliko terveyskeskuslääkäri syyllistynyt tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen ja kuolemantuottamukseen. Tapa, jolla korkein oikeus – vieläpä edellä Nuutilan väitöskirjaan nimenomaisesti viitaten – asian käsittelee kertoo mielestäni selvästi, ettei ainakaan korkein oikeus ole omaksunut teon huolimattomuus -oppia, eikä suoraan sanottuna näytä Nuutilan väitöskirjaa edes ymmärtävän.

Niin enemmistö kuin vähemmistökin toteavat tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen täyttyvän hoito-ohjeiden selvän laiminlyömisestä johdosta (kohta 36). Tämän jälkeen sekä enemmistö että vähemmistö tyytyväisyyttä käsittelemään kuolemantuottamusta nimenomaisesti yksinomaan syy-yhteyksikysymyksenä viitaten huolimattomuuden osalta siihen, mitä on jo tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen osalta todennut (kohta 39). Erilaisia kausaalisuuskäsityksiä ja todennäköisyyksiin sidottuja näyttökysymyksiä pyöriteltäen (kohdat 40–59) enemmistö päätyy siihen, että terveyskeskuslääkärin toiminnan ja potilaan kuoleman välinen syy-yhteys on jäänyt näytettäväksi (kohta 60), vähemmistö puolestaan siihen, että se on tullut näytetyksi (eriävä mielipide). Teon huolimattomuus -opin näkökulmasta kysymys syy-yhteydestä olisi sen sijaan asiassa paitsi suhteellisen mielenkiinnoton myös täysin riittämätön – ainakin vähemmistön syyksi lukevan

¹²²² Samaan viittaa uskoakseni Jussi Matikkalan Nuutilan väitöskirjasta tekemä huomio. Matikkala pitää ”hiukan yllättävänä”, miten hyvin kotimainen oikeuskäytäntö näyttäisi Nuutilan kirjan perusteella kyenneen hoitamaan tehtävänsä huomioden, että Nuutila hyödyntää erittäin laajaa kotimaista oikeustapausvalikoimaa samalla kun lainopin osalta tukeutuu monissa kohdin liki yksinomaan saksalaiseen doktriiniin antaen näin kotimaiselle rikosoikeustutkimukselle vähemmän mairittelevan kuvan. (Matikkala 1997 s. 425)

¹²²³ Cavallin 1999 s. 579. Lisäksi Cavallin esittää vielä s. 580–591 oman luentansa kolmesta högsta domstolenin ratkaisusta (NJA 1997 s. 103, NJA 1966 s. 70 ja NJA 1989 s. 552), joiden katsoo osoittavan HD:n tukeutuvan tuottamuservioinnissaan yhtäältä persoonalliseen ja tekosidonnaiseen huolellisuusnormiin ilman, että culpaa jaettaisiin kahtia. Todettakoon, että pääsyyn siihen, että ymmärrämme Cavallinin kanssa Ulvängin tutkimuksessaan esittämiä väitteitä erisuuntaisesti lienee se, että Ulvängin johtopäätökset ovat yksinkertaisesti epämääräisiä!

tuomion osalta. Teon huolimattomuus -opin valossa olennaisimmaksi nousisi kysymys siitä, onko terveyskeskuslääkärin sinällään huolimaton toiminta *relevantissa yhteydessä* potilaan kuolemaan. Ajatus siitä, että tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen yhteydessä todettu huolimattomuus voitaisiin syyksi lukea myös kuolemantuottamukseksi yksinomaan sillä perusteella, että se on kausaalisesti katsottavissa potilaan kuoleman syyksi ei kerta kaikkiaan vastaa sitä, mitä vaikkapa Nuutila väitöskirjassaan ehdottaa.¹²²⁴ Sen, että korkein oikeus (niin enemmistö kuin vähemmistökin) ratkaisussaan viittaa Nuutilan väitöskirjaan ei pidä antaa hämätä¹²²⁵. Korkeimmalla oikeudella ei ole mitään tarvetta osallistua oikeustieteen piirissä käytyihin keskusteluihin eri teorialleista ynnä muusta vastaavasta. Eikä se, että korkein oikeus johonkin oikeustieteilijään sattuu viittaamaan tarkoita, että se allekirjoittaisi tämän näkemyksiä – tai niitä siis edes ymmärtäisi.

4.2.3 Johtopäätöksiä

Teon huolimattomuus -oppi on akateemisessa rikosoikeustieteessä kehitetty hienostunut, mutta vaikeaselkoinen työkalu, jonka avulla on mahdollista löytää argumentatiivista tukea ensisijassa monimutkaisten syyksi lukemista koskevien kysymysten ratkaisuun. Ennen kaikkea nämä kysymykset liittyvät vaikeisiin syy-yhteystilanteisiin, joissa tekijän käyttäytymisen ja rikostunnusmerkistön täyttymisen (etenkin sen edellyttämän mahdollisen seuraustunnusmerkin) välinen suhde näyttäisi jäävän etäiseksi, tai ylipäänsä tavalla tai toisella ongelmalliseksi. Jo kuluneen esimerkin mukaisesti toista puukolla rintaan lyödessä ei välttämättä ole järin mielekästä lähteä erittelemään teon ja tekijän huolimattomuuksia, erilaisia riskejä ja niiden sallittua tai kiellettyä luonnetta, relevanssia sekä erilaisten rikostunnusmerkistöjen ulottuvuuksia¹²²⁶.

Teon huolimattomuus -oppi on osoittautunut valtavan elinvoimaiseksi ja virikkeelliseksi akateemiseksi hankkeeksi¹²²⁷, jonka keskeisiä riskeihin liittyviä käsitteitä (sallittu/kielletty ja relevantti riski) voi periaatteessa soveltaa liki mihin tahansa. Käytännössä teon huolimattomuus -oppi merkitsee tyyppitapaustilauksia, joiden puitteissa erilaisten tilanteiden ratkaisemiseen voi löytää lukuisia argumentteja – aivan kuten erinäisiä argumentteja erilaisiin ratkaisutilanteisiin voi löytää lukemattomin muinkin ajatuksellisin mallein. Valitettavasti – tai onneksi – oppi on jäänyt akateemikkojen harrastukseksi, eikä tunnu saavuttaneen kovinkaan suurta (tai ainakaan julkilausuttua) innostusta käytännön oikeuselämän tasolla. Tämä on tietysti mitä kummallisinta pitäen mielessä, että oppi pyrkii palvelemaan nimenomaan käytännön elämää. Se ei kaikessa epämääräisyydessään sovellu kovinkaan hyvin teoreettis-systemaattisten rakennelmien luomiseen.

¹²²⁴ Kyse on ennen kaikkea teon huolimattomuus -opin 2. ja 3. elementistä eli *kielletyn riskinoton* (hoito-ohjeiden noudattamatta jättämisen) *relevanssista ja tunnusmerkistön* (nimenomaan kuolemantuottamus, ei tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen) *ulottuvuudesta*. Kyse on siitä, onko sinällään kielletty riskin ottaminen (sydäninfarktipotilaan hoitaminen selvästi vastoin hoito-ohjeita) realisoitunut juuri kuolemantuottamustunnusmerkistön tarkoittamalla tavalla, ja onko käsillä sellainen riskiyhteys, johon (kuolemantuottamus)tunnusmerkistö ulottuu. (Ks. Nuutila 1996 s. 402, 404 ja 458)

¹²²⁵ Ks. esim. Tolvanen 2019c, joka katsoo KKO:n tavoille poikkeuksellisen suoran oikeuskirjallisuuteen viittaamisen jonkinlaisiksi osoitukseksi tapauksen kiperyydestä. Tolvanen ei sen sijaan nosta millään tavoin esiin sitä, ettei KKO näyttäisi ymmärtävän tekevänsä vastoin sitä, mitä Nuutila väitöskirjassaan ehdottaa. Eikä hän suoraan sanottuna näytä tällaista itseään ymmärtävän.

¹²²⁶ Ks. esim. Tapani–Tolvanen–Hytönen 2019 s. 6 ja Melander 2016 s. 186. Ks. myös Frände 2012a s. 91–92.

¹²²⁷ Luullakseni Hilgendorf 2004 s. 34–35 osuu oikeaan hahmotellessaan teon huolimattomuus -opin taustalle eräänlaisen oikeudellisten kausaalimallien kriisin, jonka toteaa konkretisoituvan nimenomaan oikeustieteessä. Oikeustieteen piirissä ylitsepääsemättömiä ongelmia ei ole mahdollista ratkaista samaan tapaan auktoriteettiin vetoamalla kuin lainkäytössä saati lainsäädännössä. Esim. lainkäyttäjä voi Hilgendorfin mukaan tyytyä perusteluihin, jotka eivät kestä tarkempaa tieteellistä tarkastelua. Oikeustieteen piirissä auktoriteettiin vetoaminen ei samalla tavoin onnistu.

Nähdäkseni teon huolimattomuus -oppia voi sinällään aivan mainiosti käyttää erinäisten argumentatiivisten mahdollisuuksien etsimiseen rikosoikeudellisissa ongelmatilanteissa. Tämä pätee mihin tahansa teoriaan, malliin tai oppirakennelmaan; jos se tarjoaa käyttökelpoisia argumentteja ongelmien ratkaisuun, on se lähtökohtaisesti hyödyllinen – ainakin niin kauan kuin edes suurin piirtein ymmärtää mistä on kyse, ja mitä on tekemässä!¹²²⁸ Huomattavasti teon huolimattomuus -opin periaatteellista soveltuvuutta mielenkiintoisemman kysymyksen muodostaakin se, *onko kyseisellä opilla operointiin syytä, ja miksi/miksei*. Juuri tällaiseen kysymykseen vastaaminen muodostuu kuitenkin teon huolimattomuus -opin kohdalla erityisen vaikeaksi. Sillä operointi tai operoimatta jättäminen kun ei välttämättä tunnu konkretisoituvan oikein mitenkään – kuten Tapanin ja Tolvasen oppikirjoissaan suorittama linjanmuutos ehkä kaikkein havainnollisimmin osoittaa. Yritän seuraavaksi perustella, miksi teon huolimattomuus -opilla operointiin liittyy merkittäviä ongelmia. Ja yritän tehdä tämän sofistikoituneemmin kuin vetoamalla Tapanin, Tolvasen tai Melanderin tapaan lähinnä siihen, ettei sen soveltaminen ole kyllin helppoa. Pohjaan argumentaationi edellä kehittämäni rikoksen maisemamalliin sekä sitä koskeviin ideologisiin pohdintoihin.

4.3 Tuottamus ja rikosoikeuden maiseman ideologiset painopisteet

Olen edellä todennut teon huolimattomuus -opin pitkälti funktionalistisen rikosoikeuskoulun tuotteeksi – ainakin sikäli kuin vaikkapa Claus Roxin ja Ari-Matti Nuutila sitä ovat kehittäneet. Opin tavoitteena on korvata muodollis-systemaattiset ajatusmallit kriminaalipoliittiset sisältökysymykset paremmin huomioivalla ajattelulla, jossa rikosvastuuta koskevia kysymyksiä kyettäisiin lähestymään epämääräistä ennakoitavuutta tai adekvaattisuutta täsmällisemmällä argumentaatiolla. Keskeistä roolia teon huolimattomuus -opissa näyttelee *riskin* käsite. Arviointi lähtee liikkeelle siitä, onko kyseessä sallittu vai kielletty riski, ja mikäli riski todetaan kielletyksi siirrytään arvioimaan sen relevanssia.

Kimmo Nuotio on Helsingin yliopistolla vuonna 1990 järjestettyyn Rikoslaki 100 -kollokvioon liittyvässä ja vuonna 1991 julkaistussa tekstissään *Rikosoikeudesta riskien hallinnan välineenä – ajatuksellista taustaa* hahmotellut modernin rikosoikeuden laajoja kehityslinjoja muun ohella juuri *objektive Zurechnung* -oppia (Nuotio kääntää sen suoraan ”opiksi objektiivisesta syyksilukemisesta”) silmällä pitäen. Kyse on kysymyksenasetteluista, joita Nuotio piti modernin rikosoikeuden itseymmärryksen kannalta uusina ja olennaisina. Hyvin yleisellä tasolla kyse on siitä oikeus- ja hyvinvointivaltion välisestä jännitteestä, josta jo aiemmin totesin niin Nuotion kuin Nuutilankin myöhemmin väitöskirjoissaan puhuvan. Nuotion ajatuksena on, että kyseisten ideologisten kehityslinjojen havaitseminen on Suomessa ollut vaikeaa, koska hyvinvointivaltiollinen kehitys on läpi 1900-luvun jälkipuoliskon

¹²²⁸ Esimerkin nähdäkseni ihan asiallisesta teon huolimattomuus -opin hyödyntämisestä tarjoaa Dan Fränden tapa sisällyttää oppi rikoksen rakenneoppillisessa jäsenyyksessään tunnusmerkistön mukaisuuden objektiivisen puolen negatiiviseksi ehdoksi, joka tulee sovellettavaksi ainoastaan jonkinlaista kausaalisuutta edellyttävissä delikteissä, jossa tekijän toiminnan ja siitä aiheutuvan seurauksen välille jää tekijän kontrollin ulkopuolella oleva ajanjakso (Frände 2012a s. 88–91). Frände korostaa oman (sisällöllisesti Jareborgia, systemaattisesti saksalaisia esikuvia lähellä olevan) mallinsa poikkeavan Nuutilan kaikkiin rikostyyppisiin soveltuvasta opista (s. 89 ja 91). Ymmärtääkseni Fränden tarkoituksena onkin jonkinlaisen perustavanlaatuisen rikosoikeudellisen vastuupin uudelleenjäsenyyksen tai vaikkapa kriminaalipoliittisten painopistemuutosten sijaan vaatimattomammin korvata teon huolimattomuus -opilla turhan epämääräiseksi katsomansa vahinkoseurauksen ”ennalta-arvattavuuden” vastuuehto – tai vähintäänkin täydentää sitä. Ja tämän Frände mielestäni suorittaa niin teon huolimattomuus -opin kuin sen rajoituksetkin tuntien ja ymmärtäen. Sisällöllinen läheisyys Jareborgiin liittyy nähdäkseni Fränden esityksessä nimenomaan teon huolimattomuus -opin tarjoamaan analyttisyyteen – poiketen siis vaikkapa siitä kriminaalipoliittisesti latautuneesta funktionalistisesta ohjelmanjulistuksesta, joka esim. Nuutilan esitystä leimaa.

voinut tapahtua uusklassisen rikosoikeusideologian sisällä. Nuotio puhuu ”pehmeästä” pohjoismaisesta uusklassismista, joka esimerkiksi Suomessa ei ole rakentunut jonkinlaisen kokonaisvaltaisen filosofisen näkemyksen varaan, vaan sen sijaan pohjannut ennen kaikkea epäoikeudenmukaiseksi koetun erityispreventiivisen hoitoideologian vastustamiseen. Krimitaalipoliittisten tarkoituksenmukaisuusharkintojen korostaminen on Suomessa perustunut ennen kaikkea käytännölliselle vaatimukselle perustaa rikosoikeus rationaaliselle ja tieteelliselle krimitaalipolitiikalle.¹²²⁹ Ymmärtääkseni Nuotio ajatuksena onkin tekstissään nostaa esiin sellaisia modernin rikosoikeuden piirteitä, jotka Suomessa ovat siihen asti jääneet havaitsematta, mutta jotka esimerkiksi finalismin ja funktionalismin välisten oppiriitojen repimässä saksalaisessa keskustelussa olivat jo tuolloin selvästi nähtävissä.

Nuotio kytkee rikosoikeudellisen kehityksen laajempaan yhteiskunnalliseen kehitykseen ja sitä koskevaan yhteiskuntatieteelliseen itseymmärrykseen. Nuotio puhuu ”funktionaalistuvasta rikosoikeudesta”, jolla hän näkee liittymäkohtia muun ohella Ulrich Beckin hahmottelemaan *riskiyhteiskuntakehitykseen* sekä François Ewaldin ”*vakuutusvaltioon*”. Tältä osin olennaista on ajatteleminen *riskien* tai *vaarojen* kautta. Oppi objektiivisesta syyksilukemisesta on yksi sovellus rikosoikeudellisen käyttäytymisnormin hahmottamisesta nimenomaan vaara-ajatuksen pohjalta; kielletyn käyttäytymisen kuvaava normi nähdään *kielletynä riskinottona*.¹²³⁰ Nuotio varoittaa siitä, kuinka funktionaalinen ajattelu on itse vaarassa rakentaa vaaroistaan fiktioita – verhoita ne sellaisiksi ulkoisiksi, objektiivisiksi kohteiksi, joiden tarkastelu olisi samanlaista kuin objektimaailman ilmöiden tarkastelu yleensä. Nuotio puhuu funktionaalisen ajattelun pyrkimyksestä rakentaa rikosoikeusjärjestelmä ”vaaran” käsitteelle, jonka objektiivisuus otetaan annettuna. Ongelmana on Nuotio mukaan ensinnäkin se, ettei rikosoikeudellinen ratkaisutoiminta vielä kaiken tämän seurauksena kuitenkaan välttämättä muutu sen kontrolloidummaksi. Oppi objektiivisesta syyksilukemisesta jättää paljon kysymyksiä avoimeksi ja vaaran käsitteellä operointi saattaa jopa olla omiaan peittämään tätä edelleen suhteellisen vapaata harkintaa. Kaiken lisäksi Nuotio epäilee *Risikoerhöhung*-ajattelun voivan johtaa varsin kaavamaiseenkin rikosvastuun alan laajenemiseen. Toiseksi vaara-käsitteellä operointi aikaistaa rikosoikeudellisen kontrollin painopistettä itse oikeudenloukkauksesta ajallisesti yhä kaukaisempaan toimintaan sinänsä. Vaarojen kautta ajattelu korostaakin niin sanottua *toimintavääryyttä seurausvääryyden* kustannuksella. Toisaalta vastuun painopiste siirtyy myös subjektiivisesta (tekijästä) kohti objektiivista (tekoa ja seurausta).¹²³¹

Näin 30 vuoden etäisyydeltä arvioiden Nuotio on uskoakseni onnistunut kyseisessä tekstissään tavoittamaan muutamia hyvin olennaisia asioita. Näistä ensimmäinen on terveen varauksellinen suhtautuminen OZ-oppiin, jonka osalta on nähdäkseni viimeistään Nuutilan väitöskirjan jälkeen käynyt selväksi, ettei se kykene itsessään ratkaisemaan mitään, vaan tarjoamaan ainoastaan yksittäistapausten ratkaisua tukevia

¹²²⁹ Nuotio 1991a s. 996 ja 1019. Myös esim. Pekka Koskinen 1997 s. 947 on puhunut ”uusklassisen rikosoikeuden hegemoniasemasta” kotimaisessa rikosoikeudessa, minkä hän ajoittaa alkaneeksi 1960- ja 70-lukujen taitteen tienoilla.

¹²³⁰ Nuotio 1991a s. 1002, 1007–1008 ja 1011–1012. Nuotio puhuu ”funktionaalisesta vaarahakuisesta ajattelusta”. Erityisesti vuosituhannen taitteessa muodissa olleen ja etenkin juuri sosiologi Ulrich Beckiin yhdistetyn riskiyhteiskunta-ajattelun osalta ks. vaikkapa Oikeus-lehden aihetta koskenut teemanumero 1/1991, jonka innoittajana toimi (ainakin alkusanojen mukaan (s.1)) muun ohella Persianlahden sota.

¹²³¹ Nuotio 1991a s. 1012–1015. Nähdäkseni Nuotio pohjaa tältä osin pitkälti Ulrich Beckin ajatukseen siitä, etteivät vaarat ole jotain yhteiskunnan ulkopuolista ja tässä mielessä neutraalin ”objektiivista”, vaan sen sijaan jotain olennaisesti yhteiskunnallista; ”vaaroissa yhteiskunta ikään kuin kohtaa itsensä” (s. 1014).

argumentteja jättäen itse ratkaisun ja sen puolesta argumentoimisen kulloisenkin lainkäyttäjän tapauskohtaiseksi suoritukseksi. Toinen, ja oman esitykseni kannalta ehkä vielä tärkeämpi, havainto liittyy siihen, kuinka teon huolimattomuus -oppi – ja funktionaalinen ajattelu ylipäänsä – vaikuttaa rikosoikeudellisen vastuun painopisteisiin.

Teon huolimattomuudessa on nimensä mukaisesti kyse teosta (tai laiminlyönnistä). Tarkemmin ottaen se liittyy omassa maisemamallissani teon ja oikeushyvän väliseen suhteeseen. Vielä tarkemmin se rajaa pelkän kausaalisuuden pohjalta liian laajaksi muodostuvaa rikosoikeudellisesti relevanttien ja oikeushyvän loukkaukseen tai vaarantamiseen liittyvien tekijöiden joukkoa.

Teon ja oikeushyvän välinen suhde on ilman muuta rikosvastuun kannalta mitä merkityksellisin, mutta niin ovat myös muut edellä hahmottelemani maisemaelementit. Teon huolimattomuus -oppiin näyttäisi sisältyvän (ilmeisesti ennen kaikkea sen epämääräisyydestä johtuvana) taipumus laajentua yhä uusille ja uusille vastuuopin alueille. Rikosvastuuseen liittyvien kysymysten ratkaiseminen teon huolimattomuus -opin avulla merkitsee samalla kysymyksiin vastaamista riskilähtöisistä ja rikoksen objektiiviseen puoleen keskittyvistä lähtökohdista. Samalla tekijään liittyvät subjektiiviset seikat jäävät helposti taka-alalle tai jopa kokonaan huomiotta. Tämä tulisi teon huolimattomuus -oppia sovellettaessa pitää mielessä. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, ettei mahdollisesti hyvinkin monimutkaisiksi yltävien teon huolimattomuus -opillisten argumenttiketjujen tulisi antaa hämärtää sitä, että kyse on lopulta kuitenkin melko rajatusta rikosvastuun osa-alueesta. Esimerkiksi tuottamusta tai huolimattomuutta ylipäänsä koskevia kysymyksiä ei tulisi yrittää ratkaista yksinomaan teon huolimattomuus -opin perusteella. Tällöin nimittäin voi käydä niin, että rikosvastuu muodostuu hyvinkin objektiiviseksi ja utilitaristiseksi oikeushyvien suojeluksi, joka riskellä operoinnin seurauksena saattaa lopulta merkitä oikeushyvistä melko etäistäkin rikosvastuuta.

Esimerkiksi Kimmo Nuotio on myöhemmässä kirjoituksessaan vuonna 2003 korostanut syyllisyysvaatimuksen tärkeyttä eräänlaisena vastalääkkeenä vastuun objektivoitumiselle, minkä Nuotio siis näkee yhtenä modernille rikosoikeudelle ominaisena ja ongelmallisena kehityssuuntana. Lisäksi Nuotio muistuttaa myös perus- ja ihmisoikeusnormien edellyttävän syyllisyysvaatimuksesta kiinni pitämistä. Rikosvastuun täysi objektivoituminen kun olisi vastoin syyttömyysolettamaa ja ylipäänsä ihmisarvon kunnioittamista.¹²³² Samoin (ja samassa artikkelikokoelmassa) Eero Backman on painottanut, ettei syyllisyysperiaatteesta ole syytä poiketa vaikkapa yhteiskuntahyödyn tai muun vastaavan utilitaristisen argumentin perusteella. Syyllisyysperiaatteen Backman liittää nimenomaisesti velvollisuuseettiseen moraalikäsitykseen.¹²³³

Teon huolimattomuus -oppi tarjoaa hyvinkin käyttökelpoisia argumentteja vaikkapa juuri vaikeiden kausaalikysymysten lähestymiseen. Siitä on kuitenkin turha yrittää leipoa jonkinlaista rikosvastuun määräytymistä dominoivaa mallia. Lisäksi sitä käytettäessä olisi hyvä edes jollain tapaa ymmärtää, mistä opissa on kyse ja millaisiin rikosoikeudellisiin ajatusmalleihin se pohjautuu.

¹²³² Nuotio 2003a s. 258.

¹²³³ Backman 2003 s. 8.

Suhtaudun itse teon huolimattomuus -oppiin varsin skeptisesti johtuen jo siitä ällistytävästä, joskin lähinnä akateemiseksi jääneestä elinvoimaisuudesta, jota oppi on (yhdessä laajemminkin funktionaalisen suuntauksen kanssa) osoittanut 1900-luvun lopulta aina 2000-luvulle asti. Olennaisen perusteen skeptismini muodostaa havaintoni siitä, kuinka heikoissa kantimissa teon huolimattomuus -oppia koskeva ymmärrys näyttää niin akateemisten piirien ulko- kuin sisäpuolellakin lepäävän.

Taustalla lienee laajempikin ”riskiyhteiskunnan” ajatuksena tunnettu yhteiskunnallinen ilmiö. Riskien ja vaarojen roolia vuosituhannen vaihteen rikosoikeudessa pohtinut Kimmo Nuotio yhdistää juuri Ulrich Beckiin ajatuksen siitä, kuinka pitkälle teollistuneessa yhteiskunnassa erilaiset vaara-analyysit paljastavat ilmiöiden ”verkostumisen” – sen kuinka ilmiöiden taustalta paljastuu mitä runsaimpia kytkentöjä eri tahoilla tehtäviin päätöksiin, sääntöihin ja niitä valvoviin tahoihin. Tätä kautta kausaaliset selitykset kytkeytyvät moniin sosiaalisiin ja oikeudellisiin vastuusuhteisiin ja lopulta vaara-analyyseihin tulee viime kädessä mukaan normatiivinen komponentti sosiaalisen hyväksynnän mielessä. Vaaroja ei voida tarkastella vain teknisinä objektimaailmaan kuuluvina asioina, vaan yhteiskunnallisen syntynsä kautta niillä on lopulta aina kytkentä myös kysymykseen siitä, *miten halutaan elää*. Kaiken tämän keskellä erilaisten riskien ja riskirajojen määrittelystä tulee sellainen avainkohta, johon kohdistetaan yhä suuremmat vaatimukset.¹²³⁴ Tämä kuulostaa hyvin tutulta functionalismia ja teon huolimattomuus -oppia ajatellen. Nuotio toteaaakin Beckin itsensä sanoneen, että esimerkiksi Saksassa juuri oikeustieteilijät kiinnostuivat ensimmäisinä hänen teorioistaan¹²³⁵.

Erilaiset *riskit* ja *vaarat* ovat muodostaneet 1900-luvun loppupuolelta alkaen hyvin keskeiset puitteet paitsi laajemmalle yhteiskunnalliselle myös spesifimmälle rikosoikeudelliselle keskustelulle ja ajattelulle. Uskoakseni kyseiset käsitteet ovat tarjonneet otollisen pohjan tähän muun ohella niiden epämääräisyyden johdosta. Olen edellä jo käsitellyt *vaara*-käsitteen epäselvyyttä, jota eivät esimerkiksi kotimaisen rikosoikeuden saralla useatkaan vuosituhannen taitteessa suoritettut tutkimukset ole nähdäkseni onnistuneet olennaisessa määrin häivyttämään¹²³⁶. Aivan samanlainen epäselvyys sisältyy myös *riski*-käsitteeseen, joka voidaan määritellä vaikkapa tietyn vahingollisen seurauksen todennäköisyyden ja mahdollisen vahingon määrän tuloksi (tältä osin voidaan puhua vaikkapa ”riskipotentiaalista”) ¹²³⁷. Erilaisia

¹²³⁴ Nuotio 1991b s. 6. Ks. myös Juha Tolonen 1991, jossa Tolonen puhuu uudenlaisesta *epävarmuuden tunteeseen* perustuvasta maailmankuvasta arvelen historiallisesti melko selväksi, että kulloisenkin yhteiskunnallisen (oikeus)järjestyksen ja valitsevien yleisten todellisuutta koskevien näkemysten välillä vallitsee ainakin jonkinlainen vastaavuussuhde.

¹²³⁵ Nuotio 1991b s. 2. Nuotio otaksuu, että Beckin teorian pohjalta voitaisiin ehkä havaita sellaisia oikeuden tehtäviä, jotka tosiasialla edustavat varautumista riskiyhteiskunnan tuloon, mutta joihin ei ole kiinnitetty suuresti huomiota sen vuoksi, että yhteiskunnallistuneen oikeuden ”materiaalistuminen”, kohtuusajattelu ym. ovat johtaneet huomion hyvinvoinnin jakamisen ja lisäämisen teemoihin. Oikeuskehityksessä voitaisiin ehkä hyvinvointivalttiollisen kehityksen rinnalla, tai paremminkin sen huomaamattomana osana, osoittaa tapahtuneen myös muita muutoksia. (s. 15) Ks. myös Ditmar Brock 1991 s. 12–13, jonka mukaan yksikään toinen saksalaisen sosiologian esitys ei 1980-luvulle ollut yltänyt vastaavaan huomiointiin kuin Beckin *Risikogesellschaft*-teoksen kaksi painosta – etenkin Tschernobylin ydinvoimalaonnettomuuden jälkeen. Ks. myös Jaatinen 2000 s. 13–14, joka luettelee länsimaita 1900-luvun loppupuolella koskettaneita suuronnettomuuksia (Tschernobylin lisäksi Mount Erebusin lentoturma, Bhopalin kaasuturma, Exxon Valdezin öljykatastrofi sekä Zeebruggen lauttaturma), joiden ennaltaehkäisyssä rikosoikeudella ajateltiin Jaatisen mukaan olevan merkittävä tehtävä.

¹²³⁶ Tällaisina tutkimuksina ks. erityisesti Frände 1994b, Nuotio 1998 sekä myös Laasanen 2004. Vaara-käsitteen erilaisista käyttöyhteyksistä ks. esim. Jareborg 2001 s. 165–175, joka toteaa *vaarasta* (fara) voitavan puhua paitsi erilaiset teot ja oikeushyvän loukkaukset toisiinsa liittävästä suhteesta, myös tarkoittaen erilaisia toimijoita (kuten ihmisiä ja eläimiä) tai asioita. Vielä yleisempää on puhua vaarasta seurauksena (joku aiheuttaa vaaran). *Vaarallisuus* (farlighet) puolestaan on jonkun olion (tai vaikka teon) ominaisuus. Ks. myös Nuutila 1996 s. 292–293, joka erottaa oikeushyvän *vaarantamisen* ja toiminnan *vaarallisuuden*.

¹²³⁷ Esim. Nuutila 1997b s. 150–153 ja 273–274 yhdistää (juuri huolimattomuuden arviointiin liittyen) ”riskipotentiaaliiksi” *vaarannettujen etujen tärkeyden ja loukkauksen todennäköisyyden*. Esim. Tolvanen 1999 s. 425 puhuu tältä osin myös ”vaaran vakavuudesta”. Esim. Nuotio 1998 s. 40–41 viittaa laskukaavaan riski (R) = todennäköisyys (P) x haitta (H). Samalla Nuotio toteaa, ettei sinällään objektiivisen oloinen ja vaikkapa lainsoveltamiseen konkreettisuutta ja havainnollisuutta tuova laskukaava

todennäköisyyksiä laskettaessa voidaan toki sinällään ajatella tukeuduttavan yksinomaan täsmällisiin matemaattisiin malleihin. Tällöinkään minkäänlainen eksakti matematiikka ei valitse puolestamme sitä, minkälaisten toimien/laiminlyöntien ja seurausten todennäköisyyksiä tarkalleen ottaen tulisi laskea. Esimerkiksi ”kuoleman” todennäköisyys ei riitä matemaattisen laskemisen kohteeksi, vaan ainakin vähääkään täsmällisemmät lukuarvot edellyttävät jotain huomattavasti tarkempaa; esimerkiksi todennäköisyyttä ”kuolemalle saman taudinkuvan seurauksena tunnin, vuorokauden tai vaikka vuoden sisällä tietystä tapahtumasta”. Huomattavasti epämääräisemmäksi (tai *arvostuksenvaraisemmaksi*) tilanne käy siirryttäessä *arvottamaan* erilaisia vahinkoja. Minkäänlainen matematiikka ei ratkaise vaikkapa ihmishengen, luontokohteen tai kunnian arvoa. Puhumattakaan tietysti sen kaltaisista kysymyksistä kuin, mitä on sellaisten sallittu tai kielletty riskeeraaminen!

Teoksessa *Beyond the Risk Society* (2006) joukko erilaisten yhteiskunnallisten tieteiden harjoittajia sosiologeista psykologeihin ja kriminologeihin pohtii *riskeihin* ja *turvallisuuteen* liittyviä teemoja pyrkimyksensä (tai vähintäänkin artikkelikokoelman toimittajien pyrkimyksenä¹²³⁸) tuoda yhteen eri suuntiin hajonneita riskeihin liittyviä näkökulmia. Halusipa tässä pyrkimyksessä katsoa onnistutun tai ei, on kokoelma havainnollinen esimerkki siitä, kuinka erilaisia riskejä voi lähestyä eri tavoin. Siinä missä sosiologialle kyse voi olla vaikkapa moderneja yhteiskuntia koskevien eettisten keskustelujen muutoksesta, saattaa psykologia kiinnittää huomion yksilöiden mentaaliin prosesseihin¹²³⁹. Sosiologian painottaessa riski-käsitteen riippuvuussuhdetta kulloinkin omaksuttuihin ja maailmankatsomusta leimaaviin kulttuurisiin ja sosiaalisiin linsseihin, saattaa kriminologia painottaa ennemminkin sitä, millaisten (poliittisten) seikkojen ajamiseen riski-käsitettä kulloinkin käytetään ja miten tämä tehdään. Riski-käsitteellä voidaan operoida niin tilastomatemattisoiikeudenmukaisuuteen viittaavissa rikoskontrollimalleissa kuin sosiaalis-taloudellisissa tukitoiminnoissakin.¹²⁴⁰ Huomattavaa populaaria näkyvyyttä 2000-luvun kuluessa saavuttaneena todennäköisyyksiä ja riskejä koskevana esityksenä voidaan vielä mainita Nassim Nicholas Talebin *Incerto*-kirjasarja, jonka puitteissa Taleb pyrkii muuttamaan vakiintuneita käsityksiämme jonkinlaisesta matemaattis-objektiivisesta ja siis täsmällisestä todennäköisyyksien ja riskien ajattelemisesta sekä eritoten tällaisen perusteella laadittavien monimutkaisia kokonaisuuksia (kuten vaikkapa pörssikursseja) koskevien ennusteiden laatimisesta¹²⁴¹.

Tutkimukseni II-osan huipentavan jaksoni ensisijaisena tarkoituksena ei ole todistella itsestäänselvyttä siitä, että riskeistä voi ajatella usein eri tavoin. Tarkoitukseni ei myöskään ole yksinomaan irvailla sille innostukselle, joka riskien ja vaarojen kautta ajattelemiseen on monen muun alan ohella myös rikosoikeudellisen vastuuopin saralla liittynyt aina 1900-luvun loppupuolelta. En syytä riskejä, vaaroja tai edes OZ-oppia

lopulta perustu elementteihin, joiden olemassaolossa olisi kyse yksinomaan vaikkapa havainnoinnista. Myös todennäköisyyden ja (viimeistään) haitan arviointi edellyttää arvioijaltaan konstruktivistista panosta.

¹²³⁸ Gabe Mythen – Sandra Walklate 2006 s. xi.

¹²³⁹ Iain Wilkinson 2006 s. 28.

¹²⁴⁰ Deborah Lupton 2006 s. 15 ja Pat O'Malley 2006 s. 54–55.

¹²⁴¹ Menemättä sen syvemmälle *Incerto*-sarjaan tyydyn tässä kohdin toteamaan Talebin projektin yhdeksi keskeisimmistä teemoista uskoakseni ”todennäköisyyttä” koskevan ajattelun kääntämisen erilaisista hienostuneista matemaattisista laskukaavoista kohti elämään auttamatta sisältyvien *mahdollisuuksien* ja sitä kautta siis enemmän tai vähemmän suuren *epävarmuuden*, tai *satumaisuuden* (randomness), kanssa elämiseen. Talebin maailmankuva on tältä osin ”probabilistinen” – se on tiedollisen varmuuden kieltävää ”sovellettua skeptisismää” – sen hyväksymistä, että *maailma voisi olla erilainenkin*. Ks. erit. Taleb 2001/2016 s. x, 33–34 ja 236 sekä 2007/2016 s. 132 ja 343–344.

siitä, etteivät inhimilliseen vastuuseen koskevat ikuisuuskysymykset näytä niiden kautta ratkenneen.

Rikosoikeus on uskoakseni auttamatta kiinni TEKIJÄÄN, TEKOOON ja OIKEUSHYVIIN sekä näiden keskinäissuhteisiin liittyvissä kysymyksenasetteluissa. Jonkinlaisten yleispätevien ja absoluuttisten ratkaisujen sijaan olennaisempaa on nähdäkseni se, miten näiden kysymysten kanssa milloinkin tullaan toimeen – miten niitä muotoillaan, miten niiden puitteissa keskustellaan ja argumentoidaan – *miten niiden kanssa eletään*. Erilaiset trendit ja painopisteet vaihtelevat. Tämä voi johtua yhteiskunnallisesta kysynnästä ja tarjonnasta, jonkinlaisesta ”ajan hengestä” tai jostain muusta. Se, mitä itse haluan ennen kaikkea väittää, on että edellä muotoilemani maisemamallin puitteissa on mahdollista hahmottaa perustavanlaatuisella tasolla juuri näitä trendejä ja painopisteitä. Minulle rikosvastuu on niin tekijään, tekoon kuin oikeushyviinkin perustuva kokonaisuus, jossa eri osa-alueita voidaan tilanteen mukaan toki painottaa eri tavoin. Olennaista on se, että nämä painotukset olisi mahdollista tehdä edes jollain tapaa tiedostaen. Siten, ettei tähän liittyviä valintoja luuloteltaisi jonkinlaisiksi itsestäänselvyyksiksi, eikä yhtäkään osa-aluetta jätettäisi huomiotta ainakaan sen takia, ettei sitä vain ole tultu ajatelleeksi. Erilaisten yhteiskunnallisten, filosofisten tai ylipäänsä ajatteluun liittyvien megatrendien puitteissa tämänkaltaiset seikat tahtovat toisinaan päästä unohtumaan. Väitän, että esimerkiksi kotimainen teon huolimattomuus -oppi on omiaan asettamaan erilaisiin tekojen ja oikeushyvien välisiin riippuvuussuhteisiin keskittyviä ja utilitaristissävytteisiä kysymyksenasetteluita, joille ominaista on erilaisten riskien ja vaarojen kautta ajattelemisen. Tässä ei ole itsessään mitään kummallista saatikka väärää. Kysehän on jo nimensäkin puolesta opista ”teon huolimattomuudesta”. Kummalliseksi ja vääräksikin tämä kuitenkin muuttuu nähdäkseni siinä vaiheessa, jos kyseisen opin ajatellaan ratkaisevan kaikki mahdolliset ongelmat – taikka jos ongelmiksi ylipäänsä mielletään vain teon huolimattomuus -opin sellaisiksi osoittamat.

Rikosoikeudessa ja sen vastuupissa on kyse paljon muustakin kuin vain erilaisten yhteiskunnallisten intressien loukkaamisiin puuttumisesta. Muun muassa (mahdollisesta!) tekijästä ja tämän oikeudenmukaisesta kohtelemisesta. Näihin puolestaan liittyvät edelleen tekijän kyvykkyys, tiedot ja tahto sekä edelleen motivaatioperusta ja jopa persoona. Niin ikävää kuin tämä yksinkertaisia ja selkeitä vastauksia etsivälle tieteelle onkin, eivät nämä yksinkertaisesti ole yksinkertaisia kysymyksiä. Eikä niistä sellaisia kannata tehdä.

Kaiken tämän epämääräisyydessä ja toivottomuuden huumassa piehtaroinnin keskellä ei voi kuin kysyä: *mitä ihmettä sitten kannattaisi tehdä?!*

OSA III

HYVIÄ UUTISIA HUONOILLE JURISTEILLE?

1. ALUKSI

Tarkkasilmäinen (ja tänne asti selvinneenä myös kärsivällinen!) lukija on tietysti havainnut ajaneeni itseni jälleen kerran ikävään tilanteeseen: väitöskirja alkaa lähetä loppuaan ilman, että olisin vielä lausunut juuri mitään ainakaan kovin välittömästi juuri rikosoikeudelliseen huolimattomuuteen liittyvää – tai ainakaan muiden kyseenalaistamisen sijaan esittänyt kovinkaan konkreettisia väitteitä siitä, mitä rikosoikeudellinen huolimattomuus sitten omasta mielestäni on. Sen sijaan olen hankkinut ymmärrystä modernin rikoslainoppimme traditiosta (I-osa) sekä yrittänyt hahmotella jonkinlaista rikoksen yleistä rakenneoppia (II-osa). Tällainen harrastus on varmaankin monilta osin hyödyllistä (ja ainakin mielenkiintoista), mutta miten se palvelee rikosoikeudelliseen huolimattomuuteen sidottua kirjani otsikkoa?

Yritän seuraavaksi eräänlaista retorista tempua ja älyllistä kuperkeikkaa – tai paremminkin loikkaa –, jota tutkimukseni III-osan otsikko ilmentää. Otsikko on mukaelma Phillip Caryn teoksesta *Hyvä uutinen huonoille kristityille* (2012), alkukielellä ja kokonaisuudessaan *Good News for Anxious Christians: 10 Practical Things You Don't Have to Do* (2010). Teoksessaan Cary hyökkää amerikkalaista uusevangelikaalista teologiaa vastaan, jota hän pitää eräänlaisena Ostos TV - kristinuskona ja kulutusteologiana; mahdollisimman suuriin kannattajamääriin uskonnollisilla markkinoilla lähinnä manipuloinnin keinoin vetoavana sekä paitsi ajattelemattomuuteen myös vastuuttomuuteen kannustavana modernina villityksenä. Teos on rakennettu 10 luvun varaan, joissa Cary yrittää kertoa lukijalleen, miksi tämän ei tarvitse uskoa erinäisiä uusevangelikaalisia ”käytännöllisiä” elämänohjeita. Se, mitä Cary lukijaltaan lopulta vaatii, on oma kriittinen ajattelu. Se, mitä Cary lukijalleen julistaa on evankeliumi – hyvä sanoma Jeesuksesta Kristuksesta.¹²⁴²

Oma tutkimukseni ei tietystikään ole mikään Kristusta julistava evankeliointiyritys¹²⁴³. Siinä on kuitenkin tiettyjä perustavanlaatuisia yhtäläisyyksiä Caryn teoksen kanssa. Omaa tutkimustani voi lukea melko poleemisena hyökkäyksenä yksipuolista ja älyllisen keripukin kourissa riutuvaa kulutusjuridiikkaa vastaan. Olen yrittänyt osoittaa lukijalleni, miksi monia modernin oikeustieteellisen tutkimuksen väitteitä ei tarvitse (eikä aina ole edes mitään järkeä) uskoa, tai miksi vähintään toisinkin voisi ajatella. Ennen kaikkea tutkimukseni on yritys ajatella itsenäisesti – ja kannustaa sellaiseen muitakin. Mainitsemiä retorinen tempu liittyy juuri tähän ajattelemisen vapauteen. Kaiken oikeudesta ajattelemisen vaikeuteen liittyvän saarnaamisen jälkeen ryhdyn seuraavaksi julistamaan vapaa oikeudellista evankeliumia; sitä kuinka oikeudesta ajatteleva ja vaikkapa oikeudellisia ratkaisuja

¹²⁴² Cary 2012 erit. s. 7–13 ja 16–23.

¹²⁴³ Sen joka kaipaa nimenomaan teologista oikeustiedettä kannattaa tarttua suosiolla vaikkapa Hannu Juntusen yrityksiin kehittää ”teologista oikeuspositivismia”, jossa jumalallinen ylipositiivinen oikeus pyritään sulauttamaan yhdeksi (joskin ehkä transsendentin ja immanentin paradoksaaliseksi) kokonaisuudeksi. Ks. esim. Juntunen 2006, Juntunen 2015 ja yhteenvedonomaaisesti Juntunen 2019. Kaipasipa tällaista tai ei, saattaa tämänkaltaiset teemat ehkä kiusalliseksi kokevan suomalaisen ja sekulaariin oikeuteen tottuneen lukijani joka tapauksessa olla hyvä muistuttaa itseään kristinuskon ja oikeuden länsimaissa vallitsevasta auttamattomasta (historiallis-tosiasiallisesta) suhteesta, mikä onnistuu esim. tutustumalla Fabian Wittreckin 2018 tai Wolfgang Frischin 2017 lyhyisiin teksteihin (ja edelleen niiden viitteisiin). Amerikanmantereella käydyistä keskustelusta ks. esim. Nomi Stolzenberg 2020. Ks. myös Koivusalo 1984 s. 1111–1114, joka muistuttaa pelkästään kotimaisen oikeuskielemme sidonnaisuuksista vaikkapa raamatunkäännöksiin. Samalla on muistettava, etteivät asiat ole useinkaan kovin yksinkertaisia. Esim. monet ilmaisumme ja ajatuskulumme eivät ole ymmärrettäviä (tai edes mahdollisia) ilman taustalla vaikuttanutta kristillistä kulttuuria, mutta jäävät avautumatta myös yksinomaan siitä selitettynä. Kieli sekä peittää että paljastaa. Kulttuurissa kudotaan jatkuvaa merkitysten verkkoa, jonka puitteissa *tulkinnan pelko on viisauden alku*, kuten Timo Eskola 2018 s. 11 ja 222 huomauttaa (ks. myös s. 57–58 ja 64–65). Aiheeseen liittyvien aatteiden monimutkaisesta kulusta ks. myös Rentto 2012, joka rohkenee edellyttää historialtaan luterilaisessa maassa vaikuttavalta lakimieheltä (tai tarkemmin tämän itseyttämykseltä) käsitystä Lutherin opillisen perinnön vaikutuksesta toimintansa viitekehyksen taustalla (s. 692).

suorittava on lopulta varsin vapaa tomissaan. Rikosoikeudellista huolimattomuutta koskeva sääntely tai muukaan oikeuslähdemateriaali (oikeustiede mukaan lukien) ei rajoita tätä ajattelua kovinkaan paljoa. Ei ainakaan niin paljoa kuin vaikkapa oikeustieteen piirissä uskoakseni tavataan ajatella, eikä ainakaan siinä merkityksessä, että vaikkapa huolimattomuuskysymyksiä ratkovan lainkäyttäjän olisi välttämätöntä tuntea kaikki mahdolliset asiaa koskevat (edes kotimaiset) oikeustieteelliset teorit.

Vapauden julistamisen ohella myös käsitykseni tästä vapaudesta tulee lopulta melko lähelle Caryn ajattelua. Carylle vapaudessa ei ole kyse niinkään siitä, että ihminen tekee tai jättää tekemättä milloin ja mitä sattuu. Sen sijaan vapaudessa on hänelle pohjimmiltaan kyse kyvystä ja taidosta, joiden kautta on mahdollista huomata, ymmärtää, tuntea ja kestää sellaista, mikä ei ilman näitä kykyjä ja taitoja olisi mahdollista. Vapaudessa soittaa saksofonia ei ole niinkään kyse mahdollisuudesta puhallella ja liikutella sormiaan miten mieli, vaan pikemminkin pitkällisen harjoituksen synnyttämästä taidosta – tai *hyveestä*, jos haluaa käyttää perinteikkäämpää ilmaisuja.¹²⁴⁴ Aivan samoin juridisessa ajattelussa, vaikkapa rikosoikeudellista huolimattomuutta koskevien ratkaisujen tekemisessä, vapaus ei tarkoita satunnaisten ”päästösten” julistelua peukaloita kirjoituspöydän takana pyöritellen. Vapaus on sidoksissa ajattelijan ja ratkaisijan kyvykkyyteen, *hyveisiin*.

Se, onko tässä kaikessa kyse hyvästä vai huonosta uutisesta riippuu tietysti näkökulmasta. Aivan kuten Caryn teoksen otsikon kääntäminenkin. Suomenkieliseen teoksen otsikkoon valittu ”huono” on kummallinen käännös englanninkielen sanalle *anxious*, ja vähintäänkin pitkälle viety tulkinta Caryn sanomasta. Monimerkityksellinen *anxious*-sana viittaa *huonouden* sijaan pikemminkin niin *huoleen*, *intoon* kuin *tuskaankin*¹²⁴⁵. Uskostaan innostunut, huolestunut ja edelleen tuskaantunut kristitty voi tietysti (ainakin omasta mielestään) olla huono. Aivan samoin kuin oikeudesta aidosti huolta kantava juristi. Juuri tällaista kristittyä, tai juristia, voi kutsua myös hyväksi – jopa paljon paremmaksi kuin niin huolta, intoa kuin tuskaakin vailla elävää kolleegaansa. Saarnan ja evankeliumin välinen raja on kiinni näkökulmasta!

Retorisen temppuilun ja pyörittelyn ohella varsinainen loikka piilee siinä, että siirryn seuraavaksi ylimalkaisesta rikosoikeusteoriasta (paikoin ehkä jopa -filosofiasta) käytännön rikoslainoppiin kysymyksenäni, *miten rikosoikeudellista huolimattomuutta ihan käytännössä olisi syytä arvioida*. Tavanomaisempi toimintamalli olisi luullakseni se, että pyrkisin edellisen systeemisteoreettisen maisemamallini pohjalta johtamaan yhä täsmällisempiä tuottamusoppeja, jotka lopulta huipentuisivat käytännön lainkäyttöä ohjaaviksi maksiimeiksi.

Tässä palataan käsitykseeni juridisen ajattelun ja ratkaisuharkinnan vapaudesta. Uskoakseni kovinkaan jäsenytenneiden tuottamusoppien laatimiseen ei yksinkertaisesti ole tarvetta. *Ensinnäkin* tuottamus on aivan liian kontekstisidonnainen ja monitahoinen instituutio kuvattavaksi yleispätevästi, mutta sellaisella

¹²⁴⁴ Cary 2012 s. 56–58.

¹²⁴⁵ Ks. Minkinen 1998 s. 35–36, joka viittaa *anxiety*-sanana osalta Bernard Baasin määritelmään: ”...the dynamic element that animates a certain movement towards truth, and it characterises or signifies this movement as the movement towards truth.” Kyse on perustavanlaatuisesta elementistä Minkisen käsityksessä oikeusfilosofiasta, jonka käyttövoimaksi hän ylipäänsä määrittelee *halun nähdä* – ”*desire to see*”. ”Perhaps, then, the perfection of things, their just nature, is something that true human beings as upright men strive for. The desire to know or to see (*orexis tou eidenai*) that, according to the opening sentence of *Metaphysics* (siis Aristoteleen *Metafysiikka* – JR), characterises all men, is a relationship between an upright desire and the justice towards which it reaches.” (s. 102)

konkreettisuudella, että tästä olisi muutamia perustavanlaatuisia rajanvetoja lukuun ottamatta järkeä suurta hyötyä vaikkapa lainkäyttäjälle. Toiseksi erilaisia tuottamusoppeja on jo tässäkin esitetyin tavoin tarjolla niin paljon, etten katso aiheelliseksi raskauttaa maailmaa enää yhdellä uudella.

Kaiken edellisen konkretisoimiseen tarvitsenkin apua jo olemassa olevilta esikuvilta:

"No formal calculus can be designed for practical reasoning that would mechanically yield reasonable decisions: the ways out of a practical dilemma are not there to be found on a map, but they must be broken into the virgin land of each particular problem by the reasoning agent. A wide variety of reasoning techniques and strategies is needed for building and paving the way out."

(Juha-Pekka Rentto 1988 s. 157)

"Engaging in practical reasoning, the lawyer shall have to recognize that solving normative problems in a justifiable way requires, besides impartiality and commitment, also wide knowledge of social causality and of political value and, above all, capacity to imagine alternative forms of social organization to cope with conflict. It shall lead him to overstep the boundaries between practice and doctrine, doctrine and theory. The construction of contextual justice will demand an imaginative effort to rethink the contexts in which traditional roles have been formulated and in which their social effects have remain so unsatisfactory."

(Martti Koskenniemi 1989/2005 s. 557)

"Den avoga hållning till det juridiska språket som vi som rättsvetenskapare har skolats in i, är i realiteten grundlös. Juridiken behöver inte böja sig för scientismen. Det är vad jag vill ha sagt, men att säga det tjänar ingenting till. Poängen måste visas. (Är det någonting rättsvetenskaperna borde ha lärt sig vid det här laget, så är det väl att det i praktiken står juristerna fritt att möta teoretiska resonemang med likgiltighet – alldeles oavsett hur välgrundat och tvingande det enskilda resonemanget ter sig i teoretikerns ögon.)"

(Joel Samuelsson 2008 s. 410)

Esikuvalliset lainaukseni ovat peräisin oikeusfilosofi Juha-Pekka Rentolta, kansainvälisen oikeuden virkamies-tutkija Martti Koskenniemeltä sekä sopimusoikeusjuristi Joel Samuelssonilta. On erinomaisen hyvä kysymys, mitä näillä kirjoittajilla voi olla sanottavaa 2020-luvun rikoslainoppineelle – tai mitä tällaista heidän teksteistään voin tutkimukseni ehtoopuolen epätoivonsekaisen mielikuvitukseni varassa löytää! Yhtä hyväksi kysymykseksi voinee luokitella sen, miten kaikesta tutkimuksessani jo sanomastani voi johtaa hyviä uutisia yhtään kenellekään, ja mitä tällaiset uutiset voisivat olla. Eklektikon uhkarohkeudella yritän seuraavaksi vastata tähän.

Vastaus Renton, Koskenniemen ja Samuelssonin ajatusten relevanssiin on tietysti se, että olen uskoakseni edellä tehnyt monilta osin samaa, mitä heistä jokainen on omalla tutkimusalallaan jo tehnyt – pitkälti kai toinen toisistaan riippumattomina¹²⁴⁶.

Martti Koskenniemi tutkii väitöskirjassaan *From Apology to Utopia* (1989/2005) kansainvälisoikeudellisen argumentaation rakennetta. Teoksen taustalla on Koskenniemen ulkoasiainministeriössä suorittamassaan leipätyössä tekemä havainto siitä, kuinka kansainvälinen oikeus kerta toisensa jälkeen päätyy tilanteisiin, joissa kaikin puolin älykkäät huippujuristit argumentoivat kansainvälisen oikeuden eri foorumeilla vastakkaisten väittämien puolesta – ja vieläpä hyvin samanlaisin argumentein! Koskenniemi on toisin sanottuna kiinnostunut kansainvälisoikeudellisesta argumentaatiosta itsestään. Tätä hän tutkii ”regressiivisen analyysin” keinoin *takaperoisesti* eli etsimällä erilaisten argumenttien taustalta jonkinlaista yhteistä syvärakennetta (deep-structure). Kyse on erilaisten väitteiden ja argumenttien taustalla vallitsevien, ja siis niiden uskomisen mahdollistavien, intellektuaalisten operaatioiden jäljittamisestä. Tätä kautta Koskenniemi pyrkii pelkän erityyppisten argumenttien taksonomisen erittelyn sijaan kuvaamaan kansainvälisen oikeuden kielipiiriä (grammar), jonka puitteissa moderni kansainvälisoikeudellinen keskustelu ylipäänsä on mahdollista.¹²⁴⁷

Koskenniemi lähtee liikkeelle keskiaikaisen teologis-moraalisen maailmankuvan romahtamisesta sekä tästä seuranneesta tarpeesta välttää anarkia turvautumalla ajatukseen liberaalista poliittisesta doktriinista sekä objektiivisuudesta oikeuden keinona erottua politiikasta. Tarkemmin ottaen oikeus tulee tätä kautta ajatelluksi yhtäältä *normatiiviseksi* ja siis pelkästä valtioiden tosiasiallisesta käyttäytymisestä erilliseksi, mutta toisaalta *konkreettiseksi* ja siis subjektiivisista moraalikäsitteistä irralliseksi. Valtioiden tosiasialliseen toimintaan samaistuva oikeus jäisi pelkäksi vallanpidon apologiaksi, enemmän tai vähemmän yksilökohtaisiin moraalikäsitteisiin samaistuva oikeus puolestaan utopistiseksi yksityisfantasiaksi.¹²⁴⁸ Tältä pohjalta Koskenniemi erittelee kaksi kansainvälisessä oikeudessa esiintyvää argumentointitapaa; *nousevan* (ascending) ja *laskevan* (descending). Ensimmäinen perustuu yksilökeskeiselle ajatukselle oikeuttaa yhteiskunnallinen järjestys sen kyvyllä edistää yksilöiden vapautta. Jälkimmäinen perustuu puolestaan yhteisölliselle ajatukselle jonkinlaisista perustavanlaatuisista oikeuksista, jotka perustavat yksityisen ja julkisen välisen rajan turvaten, ettei yksilöiden vapautta loukata. Perustavanlaatuisiksi ongelmaksi jää se, että molemmat argumentaatiomallit edellyttävät toinen toisensa. *Nouseva* malli sisältää välttämättä jonkinlaisen perustavan käsityksen siitä, mitkä ovat niitä yksilön vapauden loukkauksia, joihin on puututtava. *Laskeva* malli puolestaan joutuu lopulta sitomaan yhteisöllisen

¹²⁴⁶ Rentto, Koskenniemi tai Samuelsson eivät kyseisissä teoksissaan ainakaan nimenomaisesti viittaa toisiinsa.

¹²⁴⁷ Koskenniemi 1989/2005 s. 6–7 ja 10–11 ja Koskenniemi 1997 s. 180 ja 182. Koskenniemen mielenkiinnon kohteena ei siis loppuvuimeksi ole se, mitä kansainvälisen oikeuden juristit ovat sanoneet ja oletaneet, vaan pikemminkin se, *mitä heidän on täytynyt sanoa ja olettaa* (1989/2005 s. 158). Tätä tutkiessaan Koskenniemi tietysti joutuu syventymään hyvin tarkasti siihen, mitä kansainvälisessä oikeudessa on sanottu ja oletettu. Hyvin mielenkiintoisena vertailukohtana ks. Foucault 1966/2017 s. 49, 195, 246–247 ja 340, joka erottaa viimeaikaisia länsimaisen tietämisen *episteemejä* koskevassa tutkimuksessaan *arkeologian* ja *doksologian*. Näistä jälkimmäinen on kiinnostunut erilaisista kilpailevista näkökannoista ja niiden taustalla olevista intresseistä, argumenteista ja valtataisteluista jääden näin erilaisiin henkilöhahmoihin tai laajemmin polemiikkeihin kytkeytyväksi ”mielipidetutkimukseksi”. Ensimmäinen ei sen sijaan kiinnitä huomiotaan (ainakaan yksinomaisesti) eri henkilöihin, näiden näkemyksiin tai historiaan, vaan määrittelee pikemminkin *ehdot, joiden pohjalta eri näkökulmat tulevat mahdollisiksi* erilaisissa sinällään johdonmukaisissa ja samanaikaisissa muodoissaan. Esim. porvarillisen ja vallankumouksellisen 1800-luvun taloustieteen väliset kiistat jäävät ”arkeologisesta” näkökulmasta doksologiseksi ”myrskyiksi vesilasiin” verrattuna arkeologian osoittamiin syvyyyksiin. Molemmat kun perustuvat lopulta samanlaiseen epistemologiseen jäsenyykseen; ”Marxilaisuus on 1800-luvun ajattelussa kuin kala vedessä: se ei voisi hengittää missään muualla.”

¹²⁴⁸ Koskenniemi 1989/2005 s. 16–21, 58 ja 71.

järjestyksen yksilöllisiin näkemyksiin. Lopulta kaikki palautuu länsimaista yhteiskuntaa riivaavaan yksilöllisen vapauden ja yhteisöllisen järjestyksen väliseen ristiriitaiseen vuorovaikutussuhteeseen.¹²⁴⁹

Oikeuden osalta Koskenniemi katsoo nousevan argumentaatiomallin painottavan oikeuden konkreettisuutta ja sidonnaisuutta valtion tosiasialliseen toimintaan, tahtoon ja intresseihin. Laskevan argumentaatiomallin Koskenniemi puolestaan vastaavasti yhdistää oikeuden normatiivisuuteen ja sitovuuteen. Ensimmäinen on edellä mainituin tavoin alati vaarassa leimautua apologiaksi ja jälkimmäinen puolestaan utopiaksi. Modernin kansainvälisen oikeuden piirissä onkin Koskenniemen mukaan tunnistettavissa neljä strategiaa välttää leimautumista kummaksikaan. *Ensimmäinen* mahdollisuus on asettua korostamaan oikeuden normatiivisen puolen etusijaa ja siis oikeuden sitovaa luonnetta (rule-approach position). *Toinen* mahdollisuus on antaa etusija sen sijaan oikeuden konkreettiselle puolelle (policy-approach position). *Kolmas* mahdollisuus on edelliset kieltävä skeptisismi (sceptical position) ja *neljäs* edellisten yhteensopivuuteen uskova idealismi (idealistic position). Kyse on loogisesti tyhjentävästä asemoinnista. Niin kauan kuin kansainvälisen oikeuden doktriini sidotaan yhtäältä oikeuden normatiivisuuteen ja toisaalta sen konkreettisuuteen perustuvaan objektiivisuuteen, ei niiden ulkopuolelle jää vaihtoehtoja. Jokainen opillinen systeemi ja yksittäinen argumentti on siis sijoitettavissa johonkin näistä neljästä strategiasta tai asemasta. Tämä on mahdollista, koska kaikki neljä asemaa ovat kaikessa vastakohtaisuudessaan samalla toisistaan riippuvaisia *vis-à-vis*. Normatiivisuus on normatiivista konkreettisemmasta perspektiivistä ja skeptisismi skeptistä sitä idealistisemmasta näkökulmasta. Näin Koskenniemi tulee muodostaneeksi kansainvälisen oikeuden kysymyksenasettelut (*problématique*) mahdollistavan syvärakenteen, jonka puitteissa siis kaikki oikeudenalan argumentaatio tapahtuu.¹²⁵⁰

Mallin puitteissa jokainen kansainvälisen oikeuden oppirakennelma tai argumentti on siis kulloinkin omaksutusta perspektiivistä riippuen luonnehdittavissa joko konkreettista vallakäyttöä liikaa painottavaksi apologiaksi tai normatiivisia sääntöjä korostavaksi ja todellisuudelle sokeaksi utopiaksi¹²⁵¹. Koska itse kukin välttää leimautumista niin apologetikoksi kuin utopistikin, pyrkivät kaikki hakeutumaan eräänlaiseen keskipisteeseen. Lopulta kansainvälisoikeudellinen keskustelu pelkistyy eron tekemiseen muihin siten, että itse kunkin oma asema jää *ad hoc* -tyyppiseksi sekamelaksiksi, jossa on – tilanteesta riippuen – sallittua lainailla niin positivismia, naturalismia, sosiologiaa kuin perusoikeusteoriaakin ja niin edelleen. Lopputuloksena on siis sofitikoitunut sitaattien ja naiivin historismin sekamelska.¹²⁵² Yhteistä kaikille on se, että oikeus nähdään olemukseltaan *yhteisöllisenä* (social conception of law) ja oikeuden oikea kuvaaminen merkitsee yhteisöllisten ”faktojen” (social facts)

¹²⁴⁹ Koskenniemi 1989/2005 s. 71 ja 87.

¹²⁵⁰ Koskenniemi 1989/2005 s. 184–219 ja 385–386. Ks. myös Pöyhönen 2000 s. 19–20 ja 24, joka (Koskenniemen tukeutuen) puhuu oikeudesta todellisuudelle asetettavana mittapuuna – ”normaaliutena” ja normatiivisena. Tällainen mitta edellyttää aina sopivaa etäisyyttä yhteiskuntatodellisuudesta. Mikäli etäisyys on liian suuri, jää oikeus toiveikkaaksi *utopiaksi*. Mikäli etäisyys puolestaan on liian pieni, ei oikeus poikkeaa vallankäytön oikeuttavasta *apologiasta*. Molempien ääripäiden välttäminen edellyttää jatkuvaa tasapainottelua todellisuudessa tapahtuvien muutosten kanssa. Esim. Karhun oma teos on pyrkimys ”päivittää” yleinen varallisuus-oikeus pitäen silmällä ennen kaikkea Karhun tärkeiksi katsomia muutostendenssejä.

¹²⁵¹ Koskenniemi 1989/2005 s. 504–507. Koskenniemi puhuu ”käännettävyydestä” (reversibility); jokainen kansainvälisen oikeuden käsite, argumentti ja oppirakennelma ovat hahmotettavissa niin *ascending* kuin *descending* -käsitejärjestelmän valossa. Näin niitä voi yhtä aikaa syyttää apologistisiksi tai utopistisiksi, tai vaikka totalitaarisiksi tai egoistisiksi.

¹²⁵² Koskenniemi 1989/2005 s. 186–189. ”Being inherently uncertain about what the law is (is it binding standards, is it effective standards?) he mixes elements borrowed from all possible styles of legal and quasi-legal argument: classical positivism, naturalism, sociology, fundamental rights theories etc. – degenerating sometimes into a sophisticated hotchpotch of learned citation and naïve historicism.” (s. 188)

tarkastelua. Ongelmana on kuitenkin se, ettei minkäänlaisia ”automaattisia” faktoja ole olemassa, vaan jokainen faktaksi luokittelemamme asia perustuu jonkinlaiseen käsitteelliseen matriisiin. Esimerkiksi jokaisella Koskenniemen edellä erittelemistä neljästä positiosta on omanlaisensa käsitteellinen matriisi, eikä valintaa niiden välillä voi siis suorittaa ”faktojen” avulla. Faktojen ymmärtäminen kun edellyttää jo tietyn käsitelmatriisiin valitsemista!¹²⁵³

Koskenniemi maalaa siis melko lohduttoman kuvan kansainvälisestä oikeudesta joukkona oppeja ja argumentteja, joista jokainen on tarkastelun perspektiiviä vaihtamalla leimattavissa niin apologiaksi kuin utopiaksikin ilman, että mistään olisi löydettävissä jonkinlaista ”oikeaa” ja siis edellä kuvatusta argumentaation syvärakenteesta vapaata kriteeriä perspektiivin valinnalle. Koskenniemen analyysin mukaan moderni kansainvälinen oikeus on kaiken tämän seurauksena kehittynyt reflektoitamattomaksi ja teoriapakoiseksi pragmatismiksi, jossa esimerkiksi Koskenniemen työssään esille nostamat mitä vakavimmat teoreettiset ongelmat pyritään sivuuttamaan doktriinin ja tekniikan puitteissa jonkinlaisina ”epäongelmina”. Tämän mahdollistaa oikeusoppineiden keskinäinen hyväntahtoisuus ja kyvyttömyys argumentaation ristiriitaisuuden tunnistamiseen sekä valmiuteen painottaa oppien ja niiden puitteissa tehtyjen ratkaisujen kontekstuaalista ja rajoittunutta *ad hoc* -luonnetta. Näiden lähtökohtien varassa kaikki sujuu ja pysyy suhteellisen mukavasti ennallaan, kunhan vain kukaan ei ryhdy esittämään ”pahantahtoisia” *miksi* ja *entä sitten* -kysymyksiä.¹²⁵⁴ Koskenniemi ei tällaisia kysymyksiä kuitenkaan kaihdakaan esittää. Teoksen ytimeksi muodostuu lopulta kriittinen hyökkäys sellaista ajatusta vastaan, että kansainvälinen oikeus tarjoaisi jonkinlaisen ei-poliittisen ja esimerkiksi jonkinlaisen ”privilegioidun rationaalisuuden” sisältävän tavan käsitellä kansainvälisiä riitoja.¹²⁵⁵

Olen I-osassa pyrkinyt osoittamaan modernin kotimaisen rikoslainopillisen keskustelun sisältämän indeterminanssin. Vaikken ole rakentanut esitystäni Koskenniemen apologia-utopia-jaottelun varaan, on kyse tismalleen samasta asiasta; rikosoikeus ei sisällä jonkinlaista valmista rationaalisuutta, jonka puitteissa sitä olisi mahdollista ymmärtää. Koskenniemen kaksinapaisen *normatiivinen/konkreettinen*-erottelun sijaan oma esitykseni perustuu Hannu Tolosen kolminapaiselle¹²⁵⁶ oikeuden ontologiselle kaleidoskoopille sekä rikosoikeuden saralla Lahden, Koskisen ja Pirjatanniemen trendijaottelulle. En pidä olennaisena sitä, paljonko napoja tai trendejä halutaan jaotella. Olennaista on se, että niitä on enemmän kuin yksi!^{1257, 1258}

¹²⁵³ Koskenniemi 1989/2005 s. 220–223 ja 522–532 sekä vielä 589. Koskenniemi viittaa tältä osin Alasdair MacIntyren toteamukseen: ”Facts, like telescopes and wigs for gentlemen, were a seventeenth century invention.” (s. 223)

¹²⁵⁴ Koskenniemi 1989/2005 s. 2–3, 65–66 ja 187–189 erit. alav. 72, jossa Koskenniemi kuvaa modernin kansainvälisen oikeuden pragmatismia ja teoriapakoisuutta.

¹²⁵⁵ Koskenniemi 1989/2005 s. 69–70.

¹²⁵⁶ Koskenniemi näyttäisi ymmärtävän sekä positivistisen että luonnonoikeudellisen ajattelun osaksi normatiivista katsantokantaa (ks. erit. 1989/2005 s. 191).

¹²⁵⁷ Erilaiset jaottelut tapaavat ylipäänsä jäädä aina enemmän tai vähemmän suhteelliseksi. Esim. Koskenniemen teoria on lähtökohdiltaan kaksinapainen (normatiivinen/konkreettinen, apologia/utopia), mutta argumentaation syvärakennetta jäsentäessään hän hyödyntää lopulta kahta eri muuttujaa (normatiivinen voima ja materiaallinen laajuus), mikä tuottaa edellä kuvatuin tavoin neljä erilaista argumentatiivista asetelmaa tai positiota (rule-approach position, policy-approach position, sceptical position, idealistic position). (Koskenniemi 1989/2005 erit. s. 158 ja 185)

¹²⁵⁸ Vrt. esim. Saranpää 2010, joka tutkimuksessaan kohtaa hyvin samantyyppisen kysymyksen siitä, miten eri prosessioikeuden tutkijat voivat olla niin erimielisiä näyttökysymystä koskevien lukuisten eri teorioiden hyväksyttävyydestä (s. 120). Saranpää pyrkii selittämään eroavuuksia sekä myös saattamaan erilaiset teoreettiset käsitykset yhteismitallisiksi ja näin vertailukelpoisiksi Kaarlo Tuorin kriittisen oikeuspositivismin avulla (10–11 ja 116–133). Käytännössä Saranpää erittelee kolme prosessioikeudellista todistusteoriaa ja niin ikään kolme prosessioikeudellista tutkimustraditiota (todistusteorioina: a) muodollinen todistusteoria, b) legaalinen todistusteoria ja c) vapaa todistusteoria sekä tutkimustraditioina: a) ”saksalainen traditio” eli vakuuttumismalli, b) ”skandinaavinen traditio” eli ohjausteoria tai todennäköisyysmalli sekä c) ”kolmas aalto”, jolta

Oma esitykseni on alusta alkaen nojautunut juurikin sellaiseen eklektismiin ja *ad hoc*-tyyppisyyteen, jolla Koskenniemi modernia kansainvälistä oikeutta kuvaa. En ole kuitenkaan rajoittunut erilaisten näkökulmien ja rationaalisuuksien pyörittelämiseen, vaan uskaltanut II-osassa sellaiseen, jonka Koskenniemi itse arvelee ainoaksi ulospääsyksi apologian ja utopian välisestä karikosta; jonkinlaiseen materiaalliseen ”luonnollisen” rikosoikeuden teoriaan¹²⁵⁹. Olen toisin sanottuna yrittänyt pelkistää rikosoikeudelle – tai tarkemmin *rikokselle* – sellaisen teoreettis-systemaattisen rakennemallin, jonka puitteissa moderni rikosoikeus – tai jokainen lukemani modernin rikosoikeuden harjoittaja – voisi jäsentää ajatuksiaan. ”Luonnollisuus” viittaa tältä osin siis konsensukseen. Ei jonkinlaiseen jumalalliseen ilmoitukseen tai vaikkapa moraalikäsitukseen. Lisäksi ”luonnollisuuden” voisi ajatella liittyvän siihen, että maisemamallini kuvaa ensi sijassa sitä, mistä rikoksessa ”todella” on kyse: konkreettisesta tekijän oikeushyviä loukkaavasta käyttäytymisestä. Tässä mielessä se poikkeaa ”muodollisemmista” rakennemalleista, jotka siis tukeutuvat esimerkiksi *tunnusmerkistön mukaisuuden, oikeudenvastaisuuden ja syyllisyyden* tai vaikka *vastuun perustavien ja vastuusta vapauttavien* seikkojen erotteluun.

II-osassa hahmottelemani *rikoksen maisemamalli* vastaa nähdäkseni sitä ratkaisua, jonka Juha-Pekka Rentto omassa oikeusfilosofiassaan suorittaa. Rentto hahmottelee oikeusfilosofiansa teoskaksikossa *Prudentia iuris* (1988) ja *Match or Missmarriage* (1992). Kyse on aristotelis-tomistisen tradition varaan rakentuvasta hyvin laaja-alaisesta ”elämän teoriasta”, joka kumpuaa kritiikistä jonkinlaista vallitsevaa oikeuspositivistista mainstream-oikeusteoriaa kohtaan. Rentton ajatuksena on jäsentää käytännöllinen järjely (practical reasoning) systemaattiseksi malliksi siinä määrin, kuin se auttamatta kontekstisidonnaisessa ja mitä moninaisimmin eri tavoin ilmenevässä ihmiselämässä ylipäänsä on mahdollista.

Renton filosofia on luonnonoikeudellista sikäli, että se olettaa asioilla olevan *luonto*, tai tarkemmin ottan *kaksi luontoa*. Rentton lähtökohtana on ontologinen realismi; ajatus *olevan* (aktuaalisen) ja *mahdollisen* (potentiaalisen) välisestä dynamisesta suhteesta, jossa aktuaalisti oleva merkitsee potentiaalisesti mahdollisen yksittäistä realisoitumista ja potentiaalisesti mahdollinen puolestaan vielä olevaksi aktualisoitumatonta todellisuutta. Rentto puhuu jokaisella asialla olevasta *materiaalisesta* (deskriptiivisestä) ja *formaalisesta* (normatiivisesta) luonnosta. Kyse on

puutuu yhteinen nimittäjä) (s. 122–133 ja vielä 135–225). Tätä kautta Saranpää pyrkii kytkemään näyttökysymystä koskevat näkemykset historialliseen ja teoreettiseen taustaansa ja näin ymmärtämään niitä. Esim. modernissa kotimaisessa prosessioikeudessa paljon kritisoitua ”täyden näytön” varaan rakentuvaa *vakuuttumismallia* Saranpää pyrkii ymmärtämään historiallista taustaansa vasten (s. 139–140). Todennäköisyysmallin piirissä ilmenevää tutkijoiden jakautumista yhtäältä todistusarvometodin ja toisaalta todistusteemametodin kannattajiin Saranpää selittää puolestaan siviiliprosessin pääfunktioita koskevilla näkemyseroilla (s. 144–146). Lopputuloksena on ”oikeustieteellinen jatkokertomus”, jossa näytön arvioinnin teoriat linkittyvät ”mielekkäällä tavalla” toisiinsa. Näkemyserot selittyvät historiallisella taustallaan sekä erilaisilla käsityksillä siviiliprosessin perustavanlaatuisesta funktiosta. (s. 220–223 ja 291–292, joista etenkin jälkimmäisestä käy hyvin ilmi, kuinka mukavan johdonmukaiseksi ja yhteneväksi ”suureksi kertomukseksi” Saranpää asiaa koskevan historian tiivistää) En voi väittää, että olisin aivan vakuuttunut siitä, että eri näkemykset tulevat näin parhaiten vertailukelpoisiksi, tai edes ymmärtäväni mihin Tuorin teoriaa tässä kohdin tarvitaan. Kaikkein arveluttavinta on ehkä se, että lopulta Saranpää yrittää itse puolustaa näyttöenemmyysperiaatettaan arvioimalla asiassa esitettyjä argumentteja pro & contra, ”avoimesti, ilman nimenomaista sitoutumista mihinkään siviiliprosessin funktiota koskevaan käsitykseen” (s. 228). Itselleni Koskenniemen dekonstruktioivinen oikeudellisen argumentaation syvärakenne ja kieliooppi edustavat paljon uskottavampaa kuvausta oikeudellisista näkemyseroista. Erityisen vaikea minun on uskoa, että Saranpään kuvaama todistusoikeudellinen historia merkitsisi sellaista mielekästä jatkokertomusta, jollaisena Saranpää sen kuvaa. Koskenniemen mallin valossa näkemyserot jäävät valitettavasti yhteismitattomiksi ja toinen toisiinsa nähden auttamatta ristiriitaisiksi.

¹²⁵⁹ Koskenniemen 1989/2005 s. 507 ja 512 ajatus jonkinlaisesta materiaalisesta luonnollisen oikeuden teoriasta ainoana ulospääsynä hänen modernille kansainväliselle oikeudelle hahmottelemansa syvärakenteen sisällä sopii kaiketi hyvin jo mainittuun ajatukseen siitä, kuinka koko moderni kansainvälisen oikeuden paradigma perustuu teologis-moraalisen – ja siis ”luonnollisen” – maailmankuvan murtumiseen ja valistuksen kautta asemansa vakiinnuttaneeseen poliittiseen liberalismiin. Ainakin jos ajattelee historiaa eräänlaisena heilurimaisena jatkumona, jossa erilaiset painotukset muuttuvat vuosien ja vuosisatojen saatossa edestakaisin.

lopulta todellisuuden mieltämisestä yhtä aikaa ja erottamattomasti sekä fyysiseksi että ideaaliseksi liikkeeksi, jossa aktuaali muuttuu potentiaaliksi, oleminen mahdolliseksi ja fakta normiksi.¹²⁶⁰ Rentto huomauttaa sanan *natura* johdetun sanasta *nasci*, jolla on sekä staattinen (”kantaa”, ”to bear”) että dynaaminen (”synnyttää”, ”to give birth”) merkitys. Ensimmäinen viittaa siihen, mitä alun perin oli, jälkimmäinen siihen, miksi asia voi lopulta tulla.¹²⁶¹

Myös ihmistoiminta – kuten vaikkapa oikeus ja moraali – on aina *tavoitteellista*. Oikeuden voi ymmärtää oikein vain tarkoituksellisen – käytännöllisen – kontekstinsa valossa. Oikeusnormien konteksti on siis funktionaalinen; ne edistävät tiettyjä päämääriä ihmisyhteisössä. Tavoitteet edellyttävät *arvoja*. Oikeudelle on kyettävä asettamaan päämääriä, joita sen tulisi edistää.¹²⁶² Rentto toteaa tutkimuksensa päätehtäväksi löytää sellaisia päämääriä, joihin niin oikeus kuin moraalikin tähtäävät. Lopulta tutkimuksen keskeiseksi tavoitteeksi muodostuukin oikeuden ja moraalien suhteen jäsentäminen.¹²⁶³ Hyvin yleisellä tasolla molemmissa on kyse ihmisten välisen elämän järjestämisestä siten, että hyvän elämän edellytykset tulevat turvatuiksi. Näin päämääränä on lopulta *yhteinen hyvä* – *bonum commune*.¹²⁶⁴ Se, mitä tällainen yhteinen hyvä konkreettisemmin merkitsee osoittautuu tietysti mitä vaikeimmaksi kysymykseksi – itse asiassa kysymykseksi, jonka ratkaisemiseen ei ole edes ajateltavissa minkäänlaista tarkkaa metodia. Eikä tällaisen metodin olemassaolo Renton mukaan olisi lopulta edes toivottavaa. Kyse on ihmiselämän kontekstisidonnaisuudesta – siitä, että jokainen ihmisen kohtaama kulloinkin valintatilanne on lopulta yksilöllinen johtuen jo siitä, että osa kontekstia ovat ne valinnat, joita juuri kyseinen henkilö on elämässään aiemmin tehnyt. Jokaisen on osallistuttava yhteiseen hyvään pyrkimiseen omalla *autenttisella* tavallaan. Yhdenkään ihmisen elämän konteksti ei ole täysin yhtenevä jonkun toisen kanssa.¹²⁶⁵ Lisäksi erilaiset asiat ja myös arvot ovat yhteismitattomia. Ei ole olemassa yleistettävää ja absoluuttista tapaa verrata vaikkapa lapsista huolehtimista, asuntolainan maksamista ja syntymäpäiväjuhlien järjestämistä.¹²⁶⁶

Tämä ei tarkoita, etteikö Rentto pyrkisi erittelemään oikeuden ja moraalien päämääriksi arvoja, jotka ovat ”yhteistä hyvää” täsmällisempiä. Tämä tapahtuu kuitenkin ilman minkäänlaista varsinaista tai seikkaperäistä metodia. Sen sijaan Rentto toteaa kyseessä olevan sellaisten ihmiselämän itsestäänselvyysien, jotka on

¹²⁶⁰ Rentto 1992a s. 20 ja 26. Renton mukaan lukuisten modernien tieteentekijöiden erehdys on juurikin siinä, että he ovat keskittyneet yksinomaan aktuaaliseen puoleen päätyen luulemaan, että todellisuuden kaksi puolta (*aktuaali* ja *potentiaali*, *oleminen* ja *pitäminen*) olisivat jotenkin perustavanlaatuisesti toisistaan erillään. Sinällään Rentto kuitenkin tunnustaa metafyyssisen ymmärryksen jäävän lopulta aina valinnaksi, jota ei ole mahdollista perustella muita paremmaksi. Olemisesta itsestään kun ei voi kunnolla puhua, koska kaikki sanottu on jo määritetty olemisemme mukaan! Näin olemisesta keskustelemiseen on tarjolla vain erinäisen epätodellisia kiertoteitä. Oman teoriansa Rentto on tarkoittanut ainoaksi mahdolliseksi sikäli, kuin metafyyssiseksi lähtökohdaksi valitsee ontologisen realismin. (s. iii, 13 ja 15)

¹²⁶¹ Rentto 1988 s. 188 alav. 17. Ks. myös s. 110–116, jossa Rentto pohtii luonnonoikeuden ja Luonnonoikeuden välistä rajanvetoa.

¹²⁶² Rentto 1988 s. 42–43 ja 98–99. Rentto puhuu oikeudesta ihmisjärjestyksenä (law as a human order) kiteyttäen sen: ”an order of willed norms, functioning in society for furthering the general purpose of promoting individual goals under the aspect of justice and the common good” (s. 125).

¹²⁶³ Rentto 1988 s. 24 ja 400. Tavoite sopii hyvin Renton omaksumaan ontologiseen realismiin, ainakin mikäli ajattelee esim. ns. Humeen giljotiinin merkinneen länsimaiselle tieteelle suvaitsemattomuutta arvottavia tai arvofilosofisia näkökohtia kohtaan. Näin Renton voi siis katsoa pyrkivän palauttamaan oikeuteen eettistä puolta. Näin saattaisi ajatella vaikkapa Hankamäki 2008 s. 41–43, jolle *ethoksen* elvyttämistä modernissa tieteessä edustaa puolestaan fenomenologinen filosofia. Huomattakoon, että *ethoksen* Hankamäki yhdistää nimenomaan pyrkimykseen toisen (tarkemmin keskustelukumppanin) parhaaseen (s. 37) – siis *kumppanuuteen* (s. 227), ei niinkään esim. kuulijakunnassa syntyvään käsitykseen puhujan luonteesta, mihin esim. retoriikassa kai useimmiten ”ethoksesta” puhuttaessa viitataan (esim. Paso 2009 s. 20–22, 150 ja 237).

¹²⁶⁴ Rentto 1988 s. 39, 43, 120 ja 128.

¹²⁶⁵ Rentto s. 206–208, 276 ja 286.

¹²⁶⁶ Rentto 1992a s. 96 käyttää esimerkkinä: ”It is senseless to calculate, for instance, (...) whether giving a harsh but just judgment against one’s friend is more practically reasonable than it is unfriendly”.

yksinkertaisesti vain ymmärrettävä ja hyväksyttävä, ja joiden olemukseen kuuluu se, ettei niitä voi perustella tai vaikkapa jotenkin johtaa faktoista. Kyse on muuttumattomista ja tavallaan ajattomista yhteiskunnan järjestämisen viitekohdista, joita emme voi kyseenalaistaa, koska ne määrittävät meitä, emmekä siis voi edes kuvitella itseämme ilman niitä. Tällaisiksi Rentto luettelee *elämän* (itsensä säilyttämisen), *totuuden* (tiedon), *kauneuden* (estetiikan), *viisauden* (prudentian, moraalin), *ystävyyden* (yhteisöllisyyden), *leikin* (ilon sen itsensä vuoksi) sekä *uskon* (uskonnon, metafysisen ymmärryksen).¹²⁶⁷ Olennaista näiden perustavanlaatuisen *hyvien* osalta ei näyttäisi Rentolle olevan niiden määrä tai tarkka luettelointi, vaan se, että niitä on useita ja ne ovat keskenään yhteismitattomia. Kyse on ihmistoiminnan perustavista lähtökohdista, joita on analyttisen jaottelun sijaan parempi luonnehtia tavalla: ELÄMÄ!!!!, TOTUUS!!!!, KAUNEUS!!!! ja niin edelleen.¹²⁶⁸

II-osassa määrittelemäni *rikoksen maisema* ei merkitse jonkinlaista muuttumatonta ja ajatonta totuutta. Kyse on kuitenkin asiasta, joka on nähdäkseni yksinkertaisesti vain ymmärrettävä rikosoikeutta koskeviin teksteihin tutustumalla. Kaiken pohjalla on modernin rikosoikeuden ”peruslähtökohta”: rikos on *tekijässään syyllisyyttä osoittava oikeudenvastainen teko* – *actus non facit reum nisi mens sit rea* – TEKIJÄ!!!!, SYYLLISYYS!!!!, TEKÖ!!!!, VAHINKOMEKANISMI!!!!, OIKEUSHYVÄ!!!! Minulla ei lopulta ole esittää maisemamallini tueksi enempää tai vähempää kuin *rikosoikeudellinen lukeneisuuteni* – hieman konkreettisemmin: ensisijassa kaikki tässä teoksessa hyödynnetyt lähteet –, sekä tietysti tapani niitä lukea.

Joel Samuelsson tutkii väitöskirjassaan *Tolkning och utfyllning* (2008) tulkinnan ja täydentämisen välistä rajanvetoa koskevaa keskustelua ruotsalaisessa sopimusoikeudessa. Samuelsson ei ole niinkään kiinnostunut siitä, miten tulkinta ja täydentäminen olisi erotettava toisistaan, vaan pikemminkin siitä, *miten asia pitäisi ymmärtää*; mitä tällaisen yrittäminen ja tällaisesta keskusteleminen kertovat meille sopimusoikeudesta.¹²⁶⁹ Kyseisessä dikotomisessa erottelussa onkin Samuelssonille kyse paradoksaalisesta myytistä, joka avaa näkökulman myös muihin sopimusoikeudellisiin mysteereihin ja siihen, mitä ja miten sopimusoikeudessa on tapana ajatella¹²⁷⁰.

Samuelsson omaksuu tutkimisen metodikseen ”deskriptiivisen kritiikin”. Kyse on normatiivisten väitteiden (tai muiden esittämien väitteiden toistelun) sijaan asioiden *näyttämisestä*. Deskriptiivisen kritiikin metodin ymmärtäminen edellyttää juuri sitä, mitä metodi itessäänkin peräänkuuluttaa; sen näkemistä, mitä metodi käytännössä tekee.¹²⁷¹ Käytännössä tutkimusta voinee luonnehtia sopimus- tai varallisuus oikeuden aatehistorian kuvaamiseksi. Tätä kautta Samuelsson pyrkii näyttämään lukijalleen erinäisiä asioita ja avaamaan *vähitellen* sitä, millaisena sopimusoikeudellinen

¹²⁶⁷ Rentto 1988 s. 257–267.

¹²⁶⁸ Rentto 1988 s. 266–267 ja Rentto 1992a s. 63–64.

¹²⁶⁹ Samuelsson 2008 s. 21–23. Kysymys on: ”Tolkning och utfyllning – Vad vill det egentligen säga?” (s. 277). Samuelsson ei siis yritä rakentaa jonkinlaista teoriaa tai oppia tulkinnan ja täydentämisen välisen rajanvedon ratkaisemiseksi. Sen sijaan Samuelsson tarkastelee itse kysymyksenasettelua: ”Syftet är här, kan man säga, inte i första hand att lösa problemet, utan att lösa upp det.” (s. 50) – ”Att intressera sig för sitt problem istället för att försöka behärska och betvinga det.” (s. 151. Ks. myös s. 189).

¹²⁷⁰ Samuelsson 2008 s. 23–25 ja 47. Samuelsson toteaa, ettei tulkinnan ja täydentämisen välinen ero perustu mihinkään faktuaaliseen perustaan, vaan on oikeudellinen myytti – tai *dogmi* (s. 208, 256 ja 265–266). Eikä mikään tieto liene paremmin perusteltu kuin syväänjuurtunut myytti! (s. 256 alav. 666).

¹²⁷¹ Samuelsson 2008 s. 35, 38 ja 158–159. ”I praxis bevisar den deskriptiva kritiken sin egen möjlighet.” Lopulta Samuelsson painottaa, ettei metodia voi erottaa itse tutkimuksesta, vaan se on siinä alati läsnä – ja siis myös parhaiten nähtävissä (s. 188). ”Deskriptiivisen kritiikin” ohella Samuelsson puhuu myös ”kielikritiikistä” (språkkritik) luonnehtien itseään kielikriittiseksi oikeusdogmaatikoksi (s. 47 ja 408).

identiteettiä tulkintaa ja täydentämistä koskevan keskustelun kautta näyttäytyy.¹²⁷² Tutkimuksen perustavaksi teemaksi muodostuu *faktisen* ja *oikeudellisen* erottelu, jota tulkinnan ja täydentämisen erottelu siis kuvaa¹²⁷³. Loppujen lopuksi tutkimus huipentuu eräänlaisen postmodernin sopimusoikeudellisen tulkintaopin hahmotteluksi.

Tutkimuksensa lopussa Samuelsson toteaa ”deskriptiivisen kritiikkinsä” näyttävän kaiken sanotun valossa halvalta tempulta kirjoittaa suhteellisen vähäpätöisen tuntuista kysymyksestä minkäänlaisiin lopputuloksiin pääsemätön monografia ja sälyttää vieläpä kaikki vastuu lopulta lukijalle – lukijanhan vastuulle lopulta jää sen *näkeminen* (ja ymmärtäminen), mitä Samuelsson tälle tarjoilee. Juuri tässä piilee kuitenkin Samuelssonin ”metodin” ydin – eikä hän lopulta voi kuin vakuutella sen osalta lukijaansa viittaamalla sellaisiin suuriin nimiin kuin Kant, Nietzsche, Wittgenstein, Heidegger ja Foucault.¹²⁷⁴

Samuelssonin tutkimuksen tapaan myös oman tutkimukseni ydin ja perusta lepää oikeudenalallani käydyn keskustelun (joksi siis tässä lasken myös monologiset – tai monograafiset – puheenvuorot) paikoin varsin tarkassakin kuvaamisessa. I-osa määrittää tutkimukseni selkärangan. Kyse on siitä, mitä ja miten modernissa kotimaisissa rikoslainopissa tavataan ajatella. II-osa merkitsee lopulta vähäpätöistä lisäystä tähän. Nyt käsillä olevassa III-osassa palataan kysymään, mitä hyötyä tästä kaikesta on tutkimusteemani, rikosoikeudellisen huolimattomuuden, kannalta. Samuelssonin tavoin joudun metodisesti viittaamaan lähinnä aiempiin mestareihin – tässä kohdin siis eritoten Koskenniemeen, Renttoon ja Samuelssoniin.

Niin Koskenniemen, Rentton kuin Samuelssoninkin edellä esitellyt työt ovat kunnianhimoisia yrityksiä vastata postmoderniksi luonnehdittavissa olevan nykymaailman ongelmiin. Varsinaisten ratkaisujen sijaan vastaukset voivat tietysti merkitä myös ”pelkkää” ymmärryksen lisäämistä. Koskenniemi ja Samuelsson tyytyvätkin lähinnä kuvaamaan oikeudenalansa argumentaatiota. Koskenniemen deskriptiivinen projekti ulottuu kansainvälisen oikeuden piirissä käytyyn keskusteluun kauttaaltaan, Samuelsson puolestaan rajoittuu vain yhteen sopimusoikeudelle perustavaan kysymyksenasetteluun. Niin Koskenniemen kuin Samuelssoninkin voitaneen sanoa pyrkivän argumentaation kuvaamisen kautta ymmärtämään paremmin oikeudenalojaan. Kumpikin toki ajattelee deskription voivan toimia myös normatiivisen kritiikin lähtökohtana. Tämä ei kuitenkaan ole kummankaan tutkimuksen painopiste.¹²⁷⁵ Rentton projekti on vielä huomattavasti Koskenniemen ja Samuelssonin tutkimuksia laajempi. *Elämän teoria* on totaalinen filosofia, joka ei mukaile oikeudenala- tai edes tieteenalajaotteluita. Taustalta on kuitenkin löydettävissä samantapainen kysymyksenasettelu; miten elää kiistatta monimutkaisessa ja mitä moninaisimmin tavoin epävarmassa maailmassa. Miten tehdä (oikeudellisia) ratkaisuja tilanteissa, joissa minkäänlainen auktoriteetti ei lopulta

¹²⁷² Samuelsson 2008 s. 408, 477 ja 507.

¹²⁷³ Samuelsson 2008 s. 197–198.

¹²⁷⁴ Samuelsson 2008 s. 588 ja 593–594. ”Här avslutas framställningen med att det proklameras, att om läsaren har förstått författaren, är det problem som avhandlingen skulle behandla borta. Så problemlösningen lämnas åt läsaren? Just snyggt!” Kyse on uskoakseni samasta asiasta, johon esim. Aarnio 2006 s. 28–29 ja 84 viittaa wittgensteinilaisena periaatteena: *on näytettävä, mistä puhutaan, ei puhuttava puheesta*. Hyvää teoriaa ei välttämättä edes voi sanoa julki – se pitää näyttää!

¹²⁷⁵ Ks. Koskenniemen väitöskirjansa myöhemmän painokseen laatima epilögi, jossa hän jaottelee teoksensa *deskriptiiviseen* ja *normatiiviseen* projektiin, joista jälkimmäinen jää ainakin vielä kyseisessä teoksessa alkutekijöihinsä (Koskenniemi 1989/2005 s. 589–590). Ks. myös Samuelsson 2008 s. 176, joka toteaa menestyksellään deskriptiivisen kritiikin saattavan tietysti poikia myös normatiivisuhteista kritiikkiä.

näyttäisi turvaavan ratkaisua – eikä sen sitä yksilön vastuullisen valinnan ohi pitäisi edes yrittää turvata?

Jonkinlaisen ”postmodernin” määrittelyn sijaan tyydyn toteamaan, että kaikkien kolmen keskenään itsenäisistä tutkimuksista ilmenee useita keskenään varsin samankaltaisia piirteitä.

Niin Koskenniemi, Rentto kuin Samuelssonkin painottavat yksilön persoonallista roolia oikeutta koskevassa tietämyksessä. Rentto korostaa kuinka yksilö on auttamattoman vapaa tekemään elämää (oikeus mukaan lukien) koskevat valintansa ilman, että voisi miltään osin piiloutua vaikkapa lainsäätäjän selän taakse. Koskenniemi painottaa aivan samoin jokaisen henkilökohtaista eettistä vastuuta ja käyttää termiä ”*authentic commitment*” kiteyttämään juristin integriteetin¹²⁷⁶. Samuelsson puolestaan jättää suosiolla väitteidensä arvioimisen lukijansa persoonan varaan¹²⁷⁷.

Uskoakseni edellisen taustalla on ennen kaikkea se, että niin Koskenniemen, Rentton kuin Samuelssoninkin teoksissa näytettäisiin joutuvan luopumaan faktojen ja normien välisestä ainakaan missään määrin selväpiirteisestä rajanvedosta. Rentto ei voi uskoa minkäänlaiseen perustavanlaatuiseen rajaan olemisen ja pitämisen välillä jo omaksumansa ontologisen realismin johdosta. Myös Koskenniemi toteaa ”faktat” 1600-luvun keksinnöksi ja korostaa, ettei modernissa yhteisöllisessä oikeudessa ole sijaa jonkinlaisille ”automaattisille” faktoille, jotka jotenkin puolueettomasti tai objektiivisesti ratkaisisivat oikeudellisia ongelmiamme. Koskenniemen teoksen keskeinen teesi onkin, että oikeus on lopulta politiikkaa. Kyse ei ole niinkään oikeuden noudattamisesta, vaan siitä, *mitä ja kenen oikeutta noudatetaan*.¹²⁷⁸ Samuelsson painottaa faktoihin ja normeihin rinnastuvan tulkinnan ja täydennyksen erottamisen olevan myytti, jolta puuttuu faktinen perusta¹²⁷⁹.

Niin Koskenniemi, Rentto kuin Samuelssonkin käsittelevät tutkimuksissaan teorian ja käytännön, tieteen ja praksiksen välistä ongelmallista suhdetta. Samuelsson puhuu skientologisen tietoisuuden juridiselle elämismaailmalle kohdistamasta uhasta. Omassa teoksessaan Samuelsson pyrkiikin näyttämään lukijalleen, ettei juridiikan tarvitse taipua tällaisen edessä. Deskriptiivisen kritiikin ohjelmalleen uskollisesti Samuelsson korostaa pyrkivänsä työnsä kautta nimenomaan *näyttämään* tämän konkreettisesti. Oikeuden maailmassa kun on jo useita kertoja nähty, kuinka käytännön juristit kykenevät sivuuttamaan pelkän oikeusteoreettisen puheen tasolle jäävät kannanotot täydellisellä piittaamattomuudella – riippumatta siitä, kuinka perusteltuja ja pakottavia ne teorian itsensä kannalta olisivatkin.¹²⁸⁰ Koskenniemi toteaa käytännön ja doktriinin sekä doktriinin ja teorian rajojen ylittämisen mahdolliseksi vasta osallistumalla käytännön järkeilyyn (practical reasoning), jossa luodaan kontekstuaalista oikeudenmukaisuutta (contextual justice). Jonkinlaisen loogisen ja ”aukottoman” päättelyn sijaan oikeudessa on kyse vakuuttavista argumenttien ketjuista – käytännöllisestä rationaalisuudesta (practical rationality). Jo tästä syystä oikeus jää aina kontekstisidonnaiseksi.¹²⁸¹ Lopulta teorian ja käytännön välille näyttäisi kuitenkin jäävän Koskenniemen ajattelussa perustavanlaatuinen kuilu.

¹²⁷⁶ Koskenniemi 1989/2005 s. 544–546 ja 555.

¹²⁷⁷ Samuelsson 2008 s. 593–594.

¹²⁷⁸ Koskenniemi 1989/2005 s. xiv, 220–223, 522–523 ja 589.

¹²⁷⁹ Samuelsson 2008 s. 197–198 ja 208.

¹²⁸⁰ Samuelsson 2008 s. 410.

¹²⁸¹ Koskenniemi 1989/2005 s. 36 ja 557.

Tällainen kuilu hahmottuu erilaisten, edelleen kontekstisidonnaisten, *tyyli*en kautta. Teoria ja käytäntö muodostavat radikaalisti erilliset ja yhteismitattomat oikeudellisen ajattelun kontekstit ilman, että ne voisivat olla keskenään edes ristiriidassa. Ulkoasiainministeriön oikeudellinen osasto ja siis kansainvälisen politiikan konteksti vaatii dogmaattis-formaalia tyyliä, eivätkä tieteellisessä kontekstissa ehkä ansiokkaatkin vaikkapa dekonstruktiiiviset esitykset yksinkertaisesti sinne sovi. Aivan samoin kuin ”romaanikirjailijan ei tarvitse joutua identiteettikriisiin matematiikkaa harrastaessaan”. Lopulta on vain erilaisia tyylejä kirjoittaa ja puhua – elää – tiettyssä yhteisöllisessä kontekstissa.¹²⁸² Myös Rentto sitoo oikeuden käytännölliseen järjestykseen. Perustavin oikeuden (tai oikeudenmukaisuuden) asettama vaatimus on Renton mukaan käytännöllisten syiden asianmukainen huomiointi¹²⁸³. Oikeudellisille ilmaisuille on yleensäkin mahdotonta antaa tarkkaa merkitystä ilman relevantin kontekstin arviointia. Rentto on tässä kohtaa samaa mieltä Koskenniemen kanssa; lainkäyttäjät ei koskaan ainoastaan *totea* (stating, *feststellen*) oikeudellisten ilmaisujen abstraktia merkitystä, vaan myös *päättää* (deciding, *festsetzen*) niiden aktuaalisesta merkityksestä kulloinkin kyseessä olevassa kontekstissa. Lainkäyttö on näin luovaa toimintaa, jossa oikeusnormeille annetaan järkevä konkretisoitu sovellus aina kulloisessakin kontekstissa.¹²⁸⁴

Renton osalta on muistettava, että hän on totaalinen *filosofi*, joka ei kanna vastuuta muulle kuin todelliselle totuudelle¹²⁸⁵. Tämän tieltä saavat väistyä niin yleiset kuin yksittäisemmätkin (muiden) mielipiteet. Näin Rentto avaa tavallaan vielä uuden kuilun oikeusfilosofian sekä niin oikeusteorian kuin käytännöllisen lainopinkin välille¹²⁸⁶.

Olen edellisissä kappaleissa pyrkinyt rakentamaan yleisluontoisen ja teoreettiseksi kuvattavan taustan, jossa rikosoikeudellinen huolimattomuus tulisi ymmärtää. Nyt päästään kysymykseen siitä, mitä kaikki edellä sanomani tarkoittaa rikosoikeudellisen huolimattomuuden kannalta. Miten rikosoikeudellinen huolimattomuus tulisi ymmärtää, ja mitä siitä pitäisi ajatella. Olen tältä osin samanlaisen (kaiketi ”postmodernin”) ongelman edessä, mikä nähdäkseni niin Koskenniemen, Renton kuin Samuelssoninkin tutkimuksissa näkyy: miten rikosoikeudellinen tuottamus tulisi ymmärtää siinä indeterminanssin ja moninaisuuden kontekstissa, johon se nykyisessä rikosoikeudessa asettuu?

Yritän siis ylittää juridiikassa hyvin vaikeaksi ongelmaksi muodostunutta teorian ja käytännön välistä kuilua. Aloitan viemällä asiaa koskevan keskustelun nimenomaan rikosoikeuden piiriin.

¹²⁸² Koskenniemi 1997 s. 183–185.

¹²⁸³ Rentto 1988 s. 306. ”In short, then, justice is common good put into practice under the description of giving each his due. The most comprehensive obligation of justice is clearly that each be given due regard in practical reasoning.” (Rentto 1988 s. 306) ”(T)he primary legal discipline is not *iuris scientia* properly so called but *iuris prudentia*, the practical wisdom of law. Law is, in short, practical, and so is its philosophy.” (Rentto 1992a s. 9)

¹²⁸⁴ Rentto 1988 s. 361–362 ja 367. ”It is in the light of the context that the law is interpreted and in the light of the law that one arrives at an understanding of the context.” (s. 370)

¹²⁸⁵ ”But reality is my sole witness, judge and arbiter.” (Rentto 1992a s. v)

¹²⁸⁶ Ks. aiheesta tarkemmin Rentto 1996 erit. s. 13–14, jossa tämä erottelee oikeutta koskevan tutkimuksen kentiksi *oikeusfilosofian*, *oikeusteorian* sekä (dogmaattisen) *oikeusopin*. Näistä oikeusfilosofia on (tai ainakin yrittää olla) paitsi kaikenlaisista taustaoletuksista myös tavoitteista vapaata ajattelemista ajattelun itsensä vuoksi – totuuden hapuilua totuuden itsensä tähden – tai ihan vain *filosofiaa*. Oikeusteoria merkitsee puolestaan edellisen muodostamien peruslähtökohtien varaan rakentuvaa (ja siis tarkempaa ja käytännöllisempää), mutta edelleen hyvin yleisellä tasolla tapahtuvaa oikeuden tutkimista. Oikeusoppi on puolestaan kaikkein käytännöllisin ja lähimmin kiinni ”voimassa olevassa oikeudessa”.

2. ”FOLGENLOSE DOGMATIK”?

Oikeustiede on mahdollista nähdä jatkumona, jossa perustavimpana seikkana vallitsee filosofinen maailmankatsomus. Tämän varaan rakentuu oikeusteoria ja tämän varaan edelleen lainoppi. Erityisesti rikosoikeuden piirissä on selvää, että eräänlaisen viimesijaisen tason muodostaa lopulta oikeuskäytäntö. Rikoksia on olemassa vasta, kun toimivaltainen tuomioistuin näin toteaa. Rikosvastuu rajat konkretisoituvat vasta kun joku tuomitaan tai vapautetaan.

Edellä mainitut rajanvedot ovat mitä vaikeimpia. Positiiviseen oikeuteen millään tapaa sitoutumattoman ja ylipäänsä auktoriteeteista vapaan filosofian on vaikea keskustella oikeuden auktoriteettiin sitoutuvan oikeusteorian kanssa¹²⁸⁷. Oikeusteoria on puolestaan lainoppineelle jatkuva murheenkryyni: sen voi joko kokonaan hylätä tai sille voi omistaa elämänsä ilman, että kukaan osaisi sanoa, onko jompikumpi vaihtoehto kestävä – tai edes toista parempi. Edellä käsitelty teon huolimattomuus -oppi on puolestaan malliesimerkki siitä, kuinka tieteellinen lainoppi voi käyttää valtavasti aikaa ja vaivaa jonkin sellaisen kehittämiseen, josta oikeuskäytännön osalta on vaikea nähdä häivääkään (ainakaan siis nimenomaisesti!).

Tämän tutkimuksen alussa ennen kaikkea Michael Pawlikin ajattelun pohjalta hahmottelemani teorian ja käytännön välinen kuilu on vain jatkoa keskustelulle, jota Saksassa on käyty viimeistään 1980-luvulta lähtien.

Yhtenä keskustelun laukaisseena osatekijänä on mitä ilmeisimmin volyymien kasvu, josta nimenomaan oikeustieteen suurvalta Saksa käy ääriesimerkkinä. Saksalaisen rikosoikeuden julkaisumääriä tarkastelleen Friedrich-Christian Schroederin laskujen mukaan pelkästään silloisessa Saksan liittotasavallassa oli jo vuonna 1987 päästy tilanteeseen, jossa ”täsmällisen” aineellisen rikosoikeuden harrastajan oli päivittäin luettava aihepiiriä koskeva kirjoitelma tai oikeustapauskommentti ja tutustuttava kolmeen tuomioistuinratkaisuun pysyäkseen täysin mukana (siis pelkästään rikosoikeudellisessa!) keskustelussa. Saksassa oli perustettu jo 1960-luvulta alkaen runsaasti uusia oikeustieteellisiä aikakauslehtiä, minkä seurauksena julkaisut myös erkaantuivat toisistaan niin ”vertikaalisesti” (esim. opiskelijoille tai käytännön toimijoille suunnatut omat julkaisut) kuin ”horisontaalisestikin” (esim. omat julkaisut vaikkapa lääkärioikeudelle ja oikeuspolitiikalle). Samaan aikaan myös muiden oikeustieteellisten julkaisujen (monografiat, oppikirjat, kommentaarit, kokoomateokset jne.) luku- ja sivumäärät olivat alati kasvaneet.¹²⁸⁸ Edelleen samanaikaisesti oikeustieteen professorien määrä oli vuosina 1960–1983 kolminkertaistunut, mitä opetusmäärien kasvaminen professoripainotteisessa koulutusjärjestelmässä sinällään toki myös edellytti. Gunther Arztin mukaan sinällään täysin ymmärrettävän kehityskulun lieveilmiönä oli syntynyt rikosoikeustieteellinen tulvamekanismi, mihin Schroederin julkaisumääriä koskevat laskut sopivat hyvin yhteen. Jokaisen professorin ja sellaiseksi pyrkivän on tietysti julkaistava tutkimuksiaan, eri tiedekuntien on julkaistava oppikirjojaan ja niin edelleen ja niin edelleen.¹²⁸⁹

¹²⁸⁷ Havainnollisena esimerkkinä ks. Aarnio 1989b s. 611–617 ja Rentto 1990.

¹²⁸⁸ Schroeder 1989 s. 78–83.

¹²⁸⁹ Arzt 1989 s. 839–840. Lopulta kehityskulun alkupisteenä on Arztin mukaan siis ollut *Studentenhügel* ja seurauksena *Professorenberg*.

Arzt on katsonut viisaammaksi arvioida tieteenalansa kehitystä kriittisesti ennen kuin sosiologit huomaavat tähän ryhtyä. Arztin jo vuonna 1989 suorittama arvio onkin raju. Rikosoikeustiede on tilanteessa, jossa valtavaa julkaisuvolyymia pidetään yllä vaikka keinotekoisesti tutkimuksia *hienontamalla* ja *kierrättämällä* sekä kokonaan uusia julkaisulajeja luomalla. Viimeisimmästä käy esimerkiksi nimenomaan opiskelijoille suunnattu *Didaktikliteratur*, jossa pelkkä kirjallisuuskatsaus voi riittää tieteelliseksi julkaisuksi. Tieteelliset tuotokset käyvät lyhytikäisiksi ja eri tiedekunnat omine oppikirjoiheen erkanevat yhä kauemmas toisistaan. Runsaudenpulassa tieteellisessä keskustelussa on entistä korostuneemmin *valittava* kumppaninsa ja vastustajansa. Kaikkeen ja kaikkiin kun ei millään ehdi perehtyä. Sinällään täysin inhimillisenä seurauksena on se, että esimerkiksi viittauksissa korostuvat tieteelliset isät, äidit, veljet ja tyttäret. Kaikkein suurimpana tieteellisenä ”primäärivahinkona” Arzt pitää kuitenkin *de lege lata* ja *de lege ferenda* -argumentaation välisen rajan sumenemista; omalaatuisuuteen ja erottumiseen pyrkivän tutkijan teksteissä *vallitseva oikeus* ja *communis opinio* saavat väistyä.¹²⁹⁰

Volyymit eivät tietysti ole saksalaisessa rikosoikeustieteessä 2000-luvulle tultaessa juuri vähentyneet. Tältä osin on puhuttu niin dogmatiikan ”yli-hienojakoistumisesta”, ”hypertrofiasta”, ”diffuusiosta” kuin ”patologisesta liikakasvustakin”.¹²⁹¹

Bernd Schünemann on todennut vuosien 1870–1960 merkinneen saksalaisessa rikosoikeudessa vähintäänkin 1990-luvun mittapuulla eräänlaisen yhtenäiskulttuurin aikaa (*”homogene geistige Landschaft”*). 1990-luvulle tultaessa tilanne oli muuttunut kuitenkin ”mosaiikiksi”, jonka kanssa elämiseen Schünemann pelkistää kaksi mahdollisuutta tai suoranaista blokkia. Näistä ensimmäisen Schünemann nimeää tuloksettomaksi dogmatiikaksi (*folgenlose Dogmatik*), joka voi perustua joko mitä erilaisimpien arvokäsitysten, metodien, argumentaatiomallien ja kysymyksenasetteluiden eklektiseen yhdistelyyn tai vaihtoehtoisesti konservatiiviseen vanhassa pitäytymiseen. Toiseksi vaihtoehdoksi Schünemann nostaa dualistisen mallin, jossa aineellinen logiikka ja käytännöllinen järki pyritään yhdistämään (*dualistischen Denken aus Sachlogik und praktischer Vernunft*).¹²⁹² Itselleni jää tosin epäselväksi, miten Schünemann lopulta katsoo mahdolliseksi selvästi erottaa puoltamansa dualismin kritisoimastaan eklektismistä.

Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften järjesti 3.–6.10.1999 kokouksen, jossa lukuisat saksalaisen rikosoikeuden silloiset suuret nimet kokoontuivat pohtimaan rikosoikeustieteensä tulevaisuutta. Kyseisessä tilaisuudessa Björn Burkhardt piti avauspuheenvuoron otsikolla *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik – ”onnistunut ja tulokseton rikosoikeusdogmatiikka”*. Puheenvuorossaan Burkhardt erittelee rikosoikeusdogmatiikalle lukuisia erilaisia merkityksiä ja tehtäviä. Lisäksi hän nostaa esiin viisi näkökulmaparia, joiden nojalla olisi mahdollista lähestyä kysymystä siitä, onko dogmatiikka ”onnistunutta” vai ”tuloksetonta”. Näkökulmaparit ovat: 1) yksilö / yhteisö, 2) dogmaattinen / ei-dogmaattinen, 3) järjestelmänsisäinen / järjestelmänulkoinen, 4) tieteellinen / käytännöllinen sekä 5) välineellinen / aineellinen. Erilaisten näkökulmiensa avulla Burkhardt pyrkii osoittamaan muun ohella, ettei dogmatiikan onnistuneisuus tai tuloksettomuus ole määriteltävissä abstraktisti, vaan ainoastaan kulloinkin

¹²⁹⁰ Arzt 1989 s. 851–854, 858–859 ja 864–868. ”(K)urz, es gibt fürs Strafrecht mehr Hilfsbücher als für Sex” (s. 859).

¹²⁹¹ Kielikuvista ensimmäinen (*Überfeinerung der Rechtsdogmatik*) on Bernd Schünemannilta 2001 s. 2, muut Thomas Rotschilta 2008 s. 1–2.

¹²⁹² Schünemann 1995 s. 203 ja 221–222.

konkreettinen tilanne huomioiden. Lisäksi onnistuneisuus ja tuloksettomuus saattavat erilaisista näkökulmista riippuen esiintyä eri vahvuisina, eivätkä välttämättä ole toistensa vastinpareja. Lopulta dogmatiikan rintamalla saavutetut onnistumiset ja tulokset onkin määritettävä konkreettisin esimerkein demonstroiden. Burkhardt hyödyntää yhtenä tällaisena esimerkkinä esityksessään rikosoikeudellista tuottamusta, jonka osalta ei katso 70 vuodessa (siis Engischin vuoden 1930 teoksesta laskien) otetun ainakaan analyttisessä mielessä minkäänlaisia mainittavia edistysasekeleita.¹²⁹³

Burkhardtin esitys saavutti tämän kollegoissa ymmärrystä juuri siinä, kuinka ”onnistuneisuus” ja ”tuloksettomuus” eivät välttämättä ole antiteesejä, ja kuinka tämänsuuntainen erottelu on mahdollista lähinnä konkreettisten ja tarkkarajaisten esimerkkien osalta¹²⁹⁴. Keskustelua moderoi Lutz Meyer-Goßner totesikin asian tiimoilta käydyin keskustelun *onnistuneeksi*, mutta vasta ajan osoittavan sen mahdollisen *tuloksellisuuden* tai *tuloksettomuuden*¹²⁹⁵.

Jälkeenpäin arvioiden keskustelu ei tietystikään ole ainakaan poistanut saksalaisen rikosoikeusdogmatiikan ongelmia. Erityisesti Thomas Fischer on maalailut lohdutonta kuvaa täysin eri maailmoissa elävistä rikosoikeustieteestä ja rikoslainkäytöstä. Kyse on etenkin Bundesgerichtshofin sekä Oberlandesgerichtien etäännyttämisestä teoriasta vielä edellisiin vuosikymmeniinkin nähden poikkeuksellisen rajulla tavalla. Fischerin näkemyksen mukaan lainkäytön puolella ei edes kyseisissä ylemmissä oikeusasteissa olla enää perillä oppikirjatasoisestakaan rikosoikeusteoriasta – ja miten oltaisiakaan, kun sitäkin on pelkästään Saksassa tarjolla noin 30 jatkuvasti päivittyvää *Allgemeiner Teil*illistä! Tieteentekijät puolestaan suhtautuvat Fischerin mukaan BGH:n ratkaisuihin lähinnä omia esityksiään värittävä huumorina. Lainkäyttäjän silmissä akateemikot näyttävät ”todellisia” ongelmia ymmärtämättöminä besserwissereinä. Akateemisesta näkökulmasta lainkäyttö edustaa puolestaan ”varsinaista” rikosoikeutta ymmärtämätöntä ja teoriavapaata eklektismiä, jolle rikosoikeudellisen tietämyksen kartuttamiseen riittävät rikoslakikommentaarit, joita poloiset lainkäyttäjät lukevat kuin ”Casting-Agenturen der herrschenden Meinung”.¹²⁹⁶ Erityisen tyypilliseksi Fischer katsoo ”*Gesamtwürdigung*”- eli kokonaisarviointi-instituution leviämisen aina vain uusiin BGH:n lainkäytössä kohtaamiin ongelmiin siten, että yhä useampi lainkäyttölinen ongelma ratkaistaan rikosoikeusteorian sijaan *yksittäistapauksellisella kokonaisuarkinnalla*. Fischer näkee tämän vaarallisenä kehityskulkuna. ”Oman onnensa nojaan jätetyllä” rikoslainkäytöllä kun ei ole mahdollisuuksia sellaiseen rikosoikeuden käyttöä rajoittavaan ja rauhoittavaan pohdintaan, joka perinteisesti on kuulunut nimenomaan rikosoikeustieteen tehtäviin. Yksittäistapausten pistemäinen ratkominen epämääräisten kokonaisarviointien pohjalta on Fischerin arvion mukaan omiaan painottamaan kriminaalipoliittisia näkökulmia, joille puolestaan on omiaan

¹²⁹³ Burkhardt 2000 s. 122–124 ja 128–129. Tuottamuksen osalta s. 144–147. Burkhardtin esitys on paikoin hyvinkin itsekiittinen ja jopa pessimistinen kuvaus saksalaisen vuosituhannen taitteen rikosoikeusdogmatiikan oloista. Vrt. seuraavassa viitattu Wolfgang Frischin kommentti, joka on sävyllään selvästi positiivisempi.

¹²⁹⁴ Ks. Burkhardtin esitystä kommentoineet Wolfgang Frisch 2000 s. 160–161 ja 186–195 sekä Francisco Muñoz Conde 2000 s. 199 ja 207. Kolmantena kommentaattorina toiminut Franz Salditt 2000 s. 213 ei sen sijaan kantanut vastaavaa huolta ”onnistuneen” ja ”tuloksettoman” käsitteiden täsmällisyydestä.

¹²⁹⁵ Näin Helmut Gropengießerin 2000 laatima kokouspöytäkirja.

¹²⁹⁶ Fischer 2008 s. 63–67. Fischer huomauttaa, ettei suurin osa julkaistusta oikeustieteestä jää lainkäytössä vain huomiotta, vaan yksinkertaisesti *lukematta*. Vrt. Mäntysaari 2016 s. 24, joka sen sijaan vertaa saksalaisten ylioikeuksien ratkaisuja nimenomaan tieteellisiin artikkeleihin. Mäntysaaren lähdeaineisto (ks. alav. 110) on tosin jo pari vuosikymmentä vanhaa ja näkökulma kaiketi suomalaisen (eli hän tarkastelee Saksan korkeimpien oikeuksien ratkaisuja ilmeisesti kotimaisiin korkeimpien tuomioistuinten ratkaisuihin verraten) ja vähintäänkin rikosoikeuden ulkopuolinen.

pikemminkin rikosoikeuden alan laajeneminen kuin supistuminen.¹²⁹⁷ Jollain lainkäytölliset ongelmat on kuitenkin ratkaistava – ja hätä keinot keksii, kuten vaikkapa Walter Gropp huomauttaa¹²⁹⁸!

Edellä mainitut näkemykset edustavat muutamaa hassua ja ehkä kärkevimmästä päästä olevaa kannanottoa saksalaisessa laajassa(!) keskustelussa. Niiden taustalla olevat ennen kaikkea julkaisumäärien kasvuun liittyvät tosiseikat lienevät kuitenkin kiistattomia. Myös saksalaisen rikoslainopillisen keskustelun runsaus ja koulukuntaisuus lienevät notorisia asioita – samoin lainkäyttöratkaisujen kerta toisensa jälkeen teoreettispainotteisen lainopin piirissä herättämä epäuskoinen hämmennys. Kyseisten ilmiöiden osalta ei ole ainakaan omiin korviini juuri kantautunut soraääniä. Erimielisyyttä löytyy sen sijaan sen osalta, mitä asian suhteen olisi tehtävä.

Oman tutkimukseni teeman kannalta keskeisenä voidaan mainita Gunnar Duttgen esittämä varoitus siitä, kuinka tuottamuskäsitettä koskevaa keskustelua ei tulisi leimata käytännön relevanssia vailla olevaksi ”akateemiseksi lasihelmillä pelailuksi”. Duttge ei sinällään kiistä lainkäytön ja lainopin välillä esitettyjä eroavuuksia ja keskinäistä epäluuloisuutta. Sen sijaan hän painottaa sitä, kuinka tärkeää olisi pyrkiä löytämään näiden välille edes jonkinlainen yhtenevyys. Tuottamusoppia kohtaan esitetty kritiikki on varmasti tarpeellista, mutta tämä ei tarkoita, että lainkäyttö voisi noin vain jättää oikeustieteelliset kehittämät huomiotta. Dogmaattisuuden tyystin hylkäävä oikeuskäytäntö maksaa Duttgen mukaan tällaisesta kalliin hinnan. Teoriaan perustumaton lainkäyttö kun käy helposti pelkäksi ”oikeudettomaksi mielivallaksi”.¹²⁹⁹

Duttge lukeutuu Michael Pawlikin ohella melko armottomiin rikosoikeusteoreetikoihin, joilla on lainkäyttäjille tarjottavanaan pitkälti verta, hieää ja kyyneleitä: rikosoikeutta käyttäessä ei teoriasta pääse eroon! Esimerkiksi Thomas Fischer sen sijaan edustaa tietyllä tapaa ymmärtäväisempää kantaa. Fischer toteaa nykylainkäyttäjän olevan mahdollottoman tehtävän edessä; yhä nopeammin tulisi tuottaa ratkaisuja, joiden pitäisi vastata vähitellen rajattomiksi paisuviin aineellisiin vaatimuksiin. Tuomarin tulisi – kaiken muun ohella – sekä rangaista rikoksentekejiä, hyvittää rikoksen uhreja että varjella yhteisöä vaarallisilta rikossensuujilta, tynnyttää kapitalististen maailmanmarkkinoiden lakeja, varjella niin nuoria kuin urheiluakin kielletyiltä aineilta ja ennen kaikkea tuottaa *oikeudenmukaisuutta*.¹³⁰⁰ Fischerin listaa voidaan jatkaa vielä vaikkapa EU-oikeudellisten instrumenttien kunnioittamisella, perus- ja

¹²⁹⁷ Fischer 2008 s. 71, 77–78 ja 80–81. Hyvin mielenkiintoisena ja Fischerin näkemysten kanssa samansuuntaisena johtopäätöksenä ks. Puppe 2011 s. 18, jossa Puppe perustelee päätöstään rakentaa koko rikosoikeuden yleisen osan oppikirjansa nimenomaisesti oikeustapausten varaan juuri siitä syystä, ettei katso BGH:n käsittelevän rikosoikeuden yleisen osan kysymyksiä yleisten käsitteiden ja teorioiden, vaan erilaisten kaavojen tai lausumien (”Formel”) avulla. Esimerkkeinä Puppe mainitsee tahallisuuden alarajan (dolus eventualis), jonka BGH sitoo jonkinlaisen yleisen tahallisuusteorian sijaan ”billigende In-Kauf-Nehmen im Rechtssinne” -muotoiluun. Lisäksi Puppe viittaa tekijyyden ja avunannon erottamiseen ”ein enges Verhältnis zur Tat zu haben” -muotoiluun ja edelleen teon ja laiminlyönnin välisen rajanvedon ”Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Verhaltens” -muotoiluun avulla. Yleiskäsitteisiin perustuvan subsumtion sijaan BGH suorittaa *kaikki relevantit olosuhteet huomioon ottavia kokonaisarvosteluja* (”wertende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände”). Puppe toteaa osan kirjoittajista tervehtivän tällaista jonkinlaisena vapautuksena hedelmättömistä teoreettisista kiistoista. Puppe itse näkee asian sen sijaan oikeustieteen taantumuksena ja lainkäytön lamaannustilana, joka johtaa käytännössä ylioikeuksien omavaltaisuuteen, alempien oikeusasteiden neuvottomuuteen ja yksilöiden eriarvoiseen kohteluun. Oikeustieteen velvollisuutena on kuitenkin Puppen mielestä sopeuttaa opetustaan oikeuskäytännössä omaksuttuun kehityssuuntaan – riippumatta siitä, mitä mieltä oikeustieteilijä (vaikkapa Puppe itse) tästä sattuu olemaan.

¹²⁹⁸ Gropp 2018 s. 984–997, joka esittelee esimerkkitapauksia siitä, kuinka (ratkaisu)pakko tekee BGH:nkin kekseliäiseksi.

¹²⁹⁹ Duttge 2018 s. 202–203 ja 208–210.

¹³⁰⁰ Fischer 2013 s. 205–206.

ihmisoikeussensitiivisyydellä, tai niiden suoranaisella optimoinnilla, sekä yhä monimutkaistuvan soft law -materiaalin hallinnalla. Onpa listaan esimerkiksi kotimaisessa keskustelussa lisätty myös ”yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön tunteminen”¹³⁰¹. Frischer parahtaa: ”Es geht nicht so schnell. Man muss nachdenken, nicht selten zweimal oder dreimal. Man muss Zeit dazu haben, Freiraum und gleichberechtigte Diskussionspartner. Nur so kann durchdachtes, gutes Recht entstehen.”¹³⁰²

Yhtäältä teoreettisen ja tieteellisen rikoslainopillisen tutkimuksen sekä toisaalta käytännöllisen ja yksittäistapauksellisen rikoslain käyttämisen välinen vuorovaikutussuhde on nähdäkseni tärkeimpiä kysymyksiä, joiden kanssa ”moderni” 2020-luvun rikosoikeus joutuu kipuilemaan. Tämä ei tarkoita, etteivätkö pitkälti samankaltaiset ongelmat olisi tätä ennenkin vaivanneet rikosoikeutta. Esitän seuraavaksi, mitä tämä oman näkemykseni mukaan tarkoittaa modernille tuottamusopille.

Tuottamusopin osalta voitaneen todeta oltavan juurikin edellisen ”folgenlose Dogmatik” -keskustelun kuvaamassa tilanteessa. Tuottamusta on pyritty rikosoikeustieteellisesti määrittelemään melkolailla samanlaisten lähtökohtaisten premissien valossa 1930-luvulta alkaen pääsemättä asian suhteen kovinkaan suureen yksimielisyyteen. Olen aiemmin esitellyt lyhyesti erilaisia tuottamustutkimuksia, joiden lukumäärä ja paikoin myös laatu vetää hiljaiseksi. Pelkästään Gunnar Duttgen noin 500-sivuinen habilitaatiotyö on laajuudessaan ja tarkkuudessaan ällistyttävää luettavaa. Eivätkä huonoja ole myöskään Thomas Krögerin, Samuel Cavallinin tai Ari-Matti Nuutilankaan teokset. Joka ikisen osalta on kuitenkin selvää, ettei niissä ole tavoitettu minkäänlaista kaiken kattavaa näkemystä tuottamuksesta. Vähintäänkin on selvää, ettei niistä yksikään ole saavuttanut asemaa, jossa kaikki muut kirjoittajat hyväksyisivät niissä esitetyt tuottamusopit jotenkin ”oikeina”. Ja tällaisten harvojen hyväksyjienkin osalta näyttäisi paljastuvan kerta toisensa jälkeen, ettei hyväksyntä välttämättä suinkaan perustu siihen, että esitetyt ajatukset olisi hyväksytty niitä ensin monipuolisesti koetellen.

Edes jonkinlaisen yksimielisyyden voitaneen kuitenkin todeta vallitsevan siinä, että oikeuskäytäntö elää tuottamuksen osalta tieteelliseen rikosoikeusteoriaan ja -dogmatiikkaan verrattuna pitkälti omaa elämäänsä.

2.1 Dogmatiikan ja oikeuskäytännön suhde

Yhteensä 1090 pääasiassa Revisionsgerichtin vuosina 1949–1999 antamaa ratkaisua läpikäynyt Dirk Sauer toteaa oikeuskäytännön vastaavan lainoppia sikäli, ettei kysymykseen ”was ist Fahrlässigkeit?” ole löydettävissä yhtenäistä vastausta. Sen sijaan tuomioistuimet näyttäisivät pyrkivän lähinnä selviytymään yksittäistapausten kohtuullisesta ratkaisemisesta taaten samalla edes jonkinlaisen yleisen tason jatkuvuuden kannanotoissaan.¹³⁰³ Sauerin työhön nähden riippumaton Gunnar Duttge

¹³⁰¹ Ks. esim. Hyttinen 2015 s. 48, joka toteaa, ettei kyseisen (alun perin Raimo Siltalan esittämän) vaatimuksen noudattaminen liene tuomioistuinten tosiasiallisten voimavarojen puitteissa mahdollista – tai, että vähintäänkin alioikeustuomarille vaatimus tuntee eri Euroopan maiden oikeuskäytäntöä on varsin kova. S. 116 Hyttinen epäilee, että oikeusturvavaade (, jonka Hyttinen muotoilee Dworkinia seurailleen yhdeksi oikeaksi lainmukaiseksi syyllisyysratkaisuksi) kohdistaa tuomareille ylipäänsäkin sellaisen velvollisuuden, jonka täyttäminen ei ole mahdollista! (Puhumattakaan Hyttinen s. 289–290 R. M. Haren moraalifilosofian pohjalta maalaillemasta valloitteesta toimia arkkienkelin tavoin...)

¹³⁰² Fischer 2013 s. 210–211.

¹³⁰³ Sauer 2003 s. 639 ja 644–645.

toteaa puolestaan, etteivät rikosoikeustieteessä suositut mallihenkilön tai intressipunninnan mallit saa oikeuskäytännössä kovinkaan suurta merkitystä, vaan merkitsevät lähinnä mahdollisia askeleita ratkaisua kohti. Sinällään oikeuskäytännössä kyllä näytettäisiin usein puhuvan huolellisuusvelvoitteen vastaisuudesta (”Sorgfaltspflichtwidrigkeit”), mutta se, mitä tällä puolestaan milloinkin tarkoitetaan jää hyvin yksittäistapaukselliseksi.¹³⁰⁴ Samuel Cavallin toteaa sekä Ruotsin högsta domstolenin prejudikatuurin että analysoimansa nelivuotisen tingsrätt-praksiksen pohjalta, ettei oikeuskäytännössä näytettäisi noudattavan edes rikoslainopissa vallitsevaa kantaa tuottamuksen erottamisesta persoonalliseen ja objektiiviseen puoleen¹³⁰⁵. Ruotsin osalta Gillis Erenius toteaa pari vuosikymmentä vanhemmassa tutkimuksessaan lähinnä tyyppitilanteiksi yleistettävän oikeuskäytännön käyttämisen vaikeuden tuottamusarvioinnissa johtuvan siitä, että tuottamuskäsite on kirjallisuudessa jäänyt niin ylimalkaisesti muotoiluksi¹³⁰⁶.

Kotimaista oikeuskäytäntöä ei rikosoikeudellisen huolimattomuusarvioinnin osalta ole analysoitu yhtä ansiokkaasti kuin edellä mainituissa tutkimuksissa. Enkä tällaiseen analyysiin tähtää omassa tutkimuksessanikaan. Tyydyn tässä kohdin viittaamaan muutamiin melko tuoreisiin korkeimman oikeuden ratkaisuihin, jotka katson riittäviksi konkretisoimaan sitä epäselvyyden ja vähintäänkin teoriasta irrallisuuden tilaa, jossa siis vähintäänkin korkein oikeutemme tällä hetkellä operoi.

Ratkaisussa KKO 2016:58 korkein oikeus arvioi muun ohella ympäristön turmelemisen (RL 48:1) edellyttämän törkeän huolimattomuuden täyttymistä tilanteessa, jossa perunahiutaleita valmistavan yhtiön tuotantolaitoksesta oli päässyt ympäristölle haitallista multalietettä viereisiin ojiin. Korkeimmassa oikeudessa kyse oli osakeyhtiön hallituksen jäsenenä toimineiden A:n ja B:n rikosvastuusta. Enemmistön mukaan A ja B eivät olleet ”huolellisen hallituksen jäsenen” tavoin ottaneet selvää yhtiön toimenpiteistä edellyttäneistä ympäristöongelmista eivätkä myönnetyä ympäristöluvun sisällöstä. Lisäksi he eivät olleet järjestäneet yhtiön toimintaa ympäristökysymysten osalta asianmukaisesti. Eriävän mielipiteen jättänyt oikeusneuvos Häyhä sen sijaan katsoi jo syytesidonnaisuuden edellyttävän, että huolimattomuusarviointi sidottaisiin ainoastaan jälkimmäiseen, eli laiminlyöntiin järjestää ympäristöasioiden hoito asianmukaisesti. Lisäksi Häyhä kritisoi epämääräistä ”järkevän ja tunnollisen” toimijan hahmoa, johon enemmistö viittaa.

Oikeustieteen näkökulmasta enemmistön esiin nostama ”huolellisen toimijan” (bonus pater familias) kaltaisen kuvitteellisen mallihenkilön kautta ajatteleminen on saanut osakseen ryöpytystä jo pitkin 1900-lukua pitkälti juuri siitä epämääräisyydestä, joka tämänkaltaiseen ajatusoperaatioon liittyy¹³⁰⁷. Vaikka ajatusmalli on kiistatta

¹³⁰⁴ Duttge 2001 s. 353–354.

¹³⁰⁵ Cavallin 1999 s. 578–591 ja 764.

¹³⁰⁶ Erenius 1971 s. 143–150.

¹³⁰⁷ ”Huolellisen henkilön” -ajatusmallin osakseen saamasta kritiikistä ks. esim. Lappi-Seppälä 1987 s. 312, Nuutila 1996 s. 334–335 ja 628 sekä Tapani–Tolvanen–Hyytiäinen 2019 s. 321–322. Esim. Melander 2016 s. 184–192 ja Pirjatanniemi 2005 s. 273 sivuuttavat mallin huolimattomuutta käsitellessään kokonaan, vaikka esim. HE 44/2002 s. 95 mainitsee ns. ”normaalilla tavalla huolellisen henkilön mallin” yhtenä tuottamuksen arviointiperusteena (painottaen tosin sekin mallin pidättyväistä käyttöä). Ajatusmallia on kritisoitu ennen kaikkea juuri epämääräisyydestään, josta johtuen sen on pelätty pelkistyvän lähinnä siihen, mitä yksittäinen tilannetta arvioiva tuomari sattuu pitämään oikeana tapana toimia – miten hän olisi ”parhaana päivänään” kuvitellut toimivansa. Esim. Ciacchi 2005 s. 86 ja 183–184 pitää mallia tarpeettomana kehäajatteluna verraten (Fausto Giuntan vertausta seuraillen) mallin avulla operoivaa tuomaria nukkemestariin, joka elävöittää esitystään vatsastapuhutulla monologilla. Lisäksi esim. feministisen tutkimuksen piirissä mallia on kritisoitu maskuliinisesta painotuksesta (ks. esim. Scales 1990 s. 105 ja Schultz 2007 s. 358–359). Kritiikki näyttäisi olleen erityisen ankaraa siviilioikeuden piirissä, jossa esim. Erenius 1971 s. 152 sekä Erenius 1976 s. 154 ja 156 toteaa lukuisten kirjoittajien ottaneen suoranaisiksi tehtäväkseen bonus pater familias -mallin naurunalaiseksi tekemisen ja suoranaisen lynkkaamisen. Viljasen 2005 s. 428–430 mukaan mallin voidaan sanoa olleen riekaleina jo 1930- ja 40-luvulla ja hävinneen kuvasta tyystin 1970-luvulla. Esim. Dahlman 2000 s. 153 toteaa yleisesti

osoittanut melkoista elinvoimaisuutta¹³⁰⁸, voitaneen nimenomaan oikeustieteen näkökulmasta sillä (noin vain asiaa problematisoimatta) operoimista pitää jokseenkin kummallisena. Vielä paljon kummallisempaa on se, etteivät korkeimman oikeuden oikeusneuvokset ole yksimielisiä siitä, mitä vastaajien toimia ylipäänsä edes on mahdollista huomioida heidän huolimattomuuttaan arvioitaessa, eli tulisiko tarkastelu rajata syytteessä nimenomaisesti mainittuun vastaajien laiminlyöntiin järjestää yhtiön toiminta ympäristökysymysten osalta asianmukaisesti, vai voidaanko tarkastelu tämän ohella ulottaa vastaajien selvilläoloon ympäristöluvan ehdoista ja ylipäänsä yhtiön toimintaan liittyvistä ympäristöongelmista. Tähän ei tosin oikeustieteelläkään ole kovin selkeää kantaa tarjottavanaan.¹³⁰⁹

Ratkaisussa 2016:95 korkein oikeus arvioi metsästysrikoksen täyttymistä tilanteessa, jossa A ja B olivat onnistuneet herättämään karhun talvipesästään ja karhun hyökättyä ampuneet kyseisen ja sinällään rauhoitetun eläimen. Metsästysrikoksen edellyttämää (törkeää) huolimattomuutta arvioidessaan korkein oikeus (vähemmistöön jääneet oikeusneuvokset mukaan lukien) totesi metsästyksen liittyvän huolellisuusvelvollisuuden ”korostuneeksi” siinä mielessä, että metsästäjällä on velvollisuus tuntea ja tunnistaa metsästyksen kohde (kohta 27).

Oikeustieteen näkökulmasta puhe ”korostuneista huolellisuusvelvollisuuksista” on varsin ongelmallista. Ensinnäkään rikosoikeusdoktriinimme ei tunne minkäänlaista yleistä oppia ”korostuneista” ja kääntäen siis myös ”tavallisista” tai ”ei-korostuneista” huolellisuusvelvoitteista. Korostuneista huolellisuusvelvoitteista taikka korostetuista tai ”korkea-asteisista” huolellisuusvelvollisuuksista on puhuttu enemmänkin siviilioikeuden puolella. Tälläkin saralla esimerkiksi Vilja Hahto on huomauttanut keskustelun varsin ongelmalliseksi niin kauan kuin minkäänlaista yhtenäistä normaalituottamusarvioinnin standardia ei ole olemassa.¹³¹⁰ Kyse on pitkälti samasta asiasta, mistä olen jo useampaan otteeseen huomauttanut rikosoikeudelle tyypillisen ”lievää” tuottamusta koskevan keskustelun osalta. Puhe lievästä tuottamuksesta (saatikka sellaisen kriminalisoinnista tai dekriminalisoinnista) jää varsin tyhjäksi ilman kykyä, tai edes halua, määritellä mitä tällä lievällä – ja samalla siis myös ”tavallisella” – tuottamuksella oikein tarkoittaa. Esimerkiksi ”korostuneista” huolellisuusvelvoitteista on tietysti sinällään mahdollista puhua viitaten ylimalkaisesti tiettyjen käyttäytymisstandardien tärkeyteen¹³¹¹. Mitenkään kovin täsmällistä tällainen ei kuitenkaan ole.

tunnustetuksi, ettei bonus pater familias -tuottamusarviointimalli ole kestävä. Saksalaisen kritiikin osalta ks. vielä esim. Dutge 2001 s. 143–144 ja 208 sekä Kröger 2016 s. 184 ja 319, joka viittaa siihen ”homunculus normalis” -mallina.

¹³⁰⁸ Kaiken edellä mainitun kritiikin puitteissa on hyvin mielenkiintoista, ettei ”huolellisen henkilön” -malli kuitenkaan ole tyystin hävinnyt niin rikos- kuin siviilioikeudellisestakaan vastuuopista. Uskoakseni kyse on ennen kaikkea juurikin mallin epämääräisyydestä ja tästä johtuvasta eräänlaisesta luonteavuudesta. Tuottamusarviointi nyt yksinkertaisesti vain usein on varsin epämääräistä! Lisäksi ajatus huolellisesta toiminnasta (, jota huolimattomuuden tai tuottamuksen arviointi välttämättä edellyttää) nyt vain on ilmaistavissa myös sitä kautta, mitä ”huolellinen henkilö” olisi tietystä tilanteesta tehnyt. Tämä ei tietystikään vielä tarkoita, että ”huolellinen henkilö” toisi itse tuottamusarviointiin minkäänlaista lisäarvoa.

¹³⁰⁹ Ratkaisun KKO 2016:58 arvioinnista tuottamusopillisesta näkökulmasta hieman tarkemmin ks. Rankinen 2016b. Korkein oikeus on joutunut ottamaan kantaa samantapaiseen kysymykseen huolimattomuusarvioinnin kohteesta myös ratkaisussa KKO 2015:67 (kohdat 22–23) päätyen välttämään kovinkaan täsmällisiä yleisen tason linjanvetoja; ”joissakin muissa tilanteissa” syytesidonnaisuus voi edellyttää jotain muuta kuin mihin juuri tässä tapauksessa lopulta päädyttiin!

¹³¹⁰ Esim. Ståhlberg–Karhu 2013 s. 118–138 ja 177 hahmottelevat ”korostuneen huolellisuusvelvollisuuden alueen” jonkinlaiseksi vahingonkorvausoikeudellisen (tavallisen) tuottamuvastuun ja tuottamuksesta riippumattoman (ns. ”ankaran”) vastuun välimaastoksi huomauttaen tosin kyseisen vastuualueen olevan ”käymistilassa”, minkä johdosta sitä on vaikea kuvata ja jäsentää. Hahto 2008 s. 85–88 ja 268.

¹³¹¹ Esim. Tolvasen 2016 ajatus siitä, kuinka tietyt seikat (kuten kohteen tunnistaminen keskeisenä metsästystä ohjaavana velvoitteena sekä karhun status pysyvästi rauhoitettuna ja siis vahvasti suojeltuna eläimenä) voivat sinällään *korostaa* metsästäjän huolellisuusvelvollisuutta, on mielestäni ihan perusteltu.

Rikosoikeuden saralla ongelmia tuottaa myös se, että esimerkiksi lainkäytön piirissä tapahtuva huolimattomuudesta keskustelu edellyttää käytännössä jonkinlaisen huolimattoman käytöksen kriminalisoivan rikostunnusmerkistön. Esimerkiksi juuri RL 48a:1:n metsästysrikoksen esitöistä käy ilmi, kuinka rangaistavuuden ulottamista tahallisuuden ohella törkeään huolimattomuuteen perusteltiin ”metsästyksen luonteeseen kuuluvalla korostuneella huolellisuusvelvollisuudella”¹³¹². Kun lainsäätäjä on jo perustanut kriminalisointia ylipäänsä koskevan ratkaisunsa tiettyä toimintaa koskevaan ”korostettuun huolellisuusvelvollisuuteen” on yksittäistapauksellisten huolimattomuusarviointien perustaminen vastaavaan seikkaan ongelmallista. Ottaen huomioon, että käytännössä jokaisen rangaistusvastuun huolimattomuuteen ulottavan tunnusmerkistön taustalle on ajateltavissa ”korostettu huolellisuusvelvollisuus”, ei olla aivan hirveän kaukana tilanteesta, jossa metsästäjän todettaisiin syyllistyneen huolimattomuuteen, koska huolimattomuus on kriminalisoitu. Asiaa helpottaa huomattavasti se, että esimerkiksi ratkaisussaan 2016:95 korkein oikeus edes täsmentää viittaavansa ”korostuneella” tältä osin nimenomaan velvollisuuteen tunnistaa metsästäjän kohde.

Ratkaisussa 2018:58 korkein oikeus arvioi tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen täyttymistä tilanteessa, jossa käräjäoikeuden niin sanotussa pakkokeinokansliassa oli osastonjohtajien A ja B alaisuudessa menetelty korkeimman oikeuden selkeiksi ja yksiselitteiseksi arvioimien säännösten vastaisesti siten, että ulkomaalaislain nojalla säilöön otettujen henkilöiden vapaudenmenetyksiasioita ei ollut käsitelty ulkomaalaislain edellyttämien aikamääreiden mukaisesti. Korkeimman oikeuden arvion mukaan A ja B olivat sinällään laiminlyöneet virkavelvollisuutensa osastonjohtajina. Tämä ei lopulta kuitenkaan osoittanut A:n ja B:n rikkoneen olosuhteiden edellyttämää ja heiltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta.

Korkeimman oikeuden perustelut etenevät siis siten, että aluksi todetaan käräjäoikeudessa toimitun vastoin sisällöltään selkeitä ja yksiselitteisiä lainsäännöksiä (kohdat 14–18). Tämän jälkeen todetaan A:n ja B:n laiminlyöneen osastonjohtajan ominaisuudessaan virkavelvollisuutensa, jotka nekin on virkavelvollisuuden rikkomisesta tuomitsemisen (RL 40:10) edellyttämällä tavalla niin ikään selvästi määritelty asiaa koskevissa säännöksissä (kohdat 19–35). Tämän jälkeen A:n ja B:n menettelyn huolimattomuutta koskeva pro & contra -tyyppinen punninta päättyy siihen, etteivät nämä olleet kuitenkaan rikkoneet ”olosuhteiden edellyttämää ja heiltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta”. Tällaisina olosuhteina korkein oikeus huomioi huolimattomuuden puolesta puhuvina seikkoina pakkokeinokanslian itsenäisen organisaatiomallin, pakkokeinoasioiden merkittävän luonteen sekä A:n osalta tämän suhteellisen pitkäaikaisen aseman osastonjohtajana. Huolimattomuutta vastaan puhuvina seikkoina korkein oikeus huomioi noudatetun toimintamallin vakiintuneisuuden sekä sen, ettei toiminnan virheellisyys muutenkaan ollut helposti havaittavissa, eivätkä esimerkiksi asianosaiset olleet esittäneet asiaa koskevaa kritiikkiä. Lisäksi huolimattomuutta vastaan puhui se, ettei vastaajien toiminnassa ollut ilmennyt muita laiminlyöntejä, ja vielä B:n osalta tämän suhteellisen lyhytaikainen osastonjohtajana toimiminen. (kohdat 36–51)

Vaikka ratkaisu on sinällään monipuolisesti perusteltu, sisältää se tiettyjä varsin erikoisia piirteitä. Ensinnäkin lienee jo yleisellä tasolla vaikea hyväksyä ajatuskulkua, jossa käräjäoikeuden osastonjohtajan asemassa toimivan henkilön todetaan ensin

¹³¹² HE 203/2001 s. 24.

selvästi määriteltyjä virkavelvollisuuksiaan loukaten johtavan niin ikään selkeitä ja yksiselitteisiä lainsäädännöksiä rikkovan osaston toimintaa ilman, että kuitenkaan samalla rikkoi häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta. Lopputulos saa kysymään, mikä ihmeen virka virantoimitusta ohjaavilla huolellisuusvelvollisuuksilla sitten oikein on?¹³¹³ Yhtäältä *teon* ja toisaalta *tekijän* huolimattomuuden erottamiseen tottuneen oikeustieteen silmiin tapaus olisi uskoakseni ollut paljon luontevampaa ratkaista toteamalla *teko* sinällään huolimattomaksi – ja selkeiden osastonjohtamista koskevien säännösten noudattaminen siis sellaiseksi, mitä vastaajilta olisi osastonjohtajina toimiessaan kyllä edellytetty ja vaadittu. Sen sijaan *tekijöiltä* olisi mielestäni korkeimman oikeuden pro & contra -punninnasta ilmenevien argumenttien nojalla aivan hyvin perustein voinut todeta tilanteessa puuttuneen tosiasiallinen kyky ja tilaisuus näitä (heiltä sinällään edellytettyjä ja vaadittuja) velvoitteita noudattaa.¹³¹⁴ Vaikka *teon* ja *tekijän* huolimattomuuden erottelua voinee usein luonnehtia paitsi nyanssitason hiustenhalkomiseksi myös suoranaiseksi mahdolltomuudeksi, näyttäytyy ratkaisu KKO 2018:58, sitä ainakin sanatarkasti luettaessa¹³¹⁵, oikeustieteen silmissä kummalliselta.

Ratkaisussa 2018:90 korkein oikeus arvioi niin ikään tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista tilanteessa, jossa kunnan johtava rakennustarkastaja oli jättänyt reagoimatta saamiinsa urheilu- ja ratsastushallien riskejä koskeviin viesteihin siten, että reilun kahden ja puolen vuoden kuluttua kyseisistä viesteistä kunnan alueella sortui ratsastusmaneesi johtaen yhden henkilön kuolemaan ja neljän loukkaantumiseen. Kysymys kuoleman- tai vammantuottamuksista ei (alempien asteiden hylättyä kyseiset syytekohtat ja ainoastaan vastaajan asiasta valittaessa) enää korkeimmassa oikeudessa ollut lainkaan esillä. Korkein oikeus katsoi virkavelvollisuuden rikkomista koskevan tuottamuksen täyttyneen viitaten muun ohella RL 3:3.2:n niin sanottuja epävarsinaisia laiminlyöntirikoksia koskevaan säännökseen (kohta 14).¹³¹⁶

Tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen on mitä tyypillisin tekorikos, jonka tunnusmerkistö (RL 40:10) on sidottu virkavelvollisuuden rikkomiseen virkaa

¹³¹³ Esim. Niemelä 2020 s. 232 alav. 35 pitää erikoisena, ettei käräjäoikeuden osastonjohtajan tehtävässä toimivilta henkilöltä näytettäisi edes edellytetyn tähän asti menevää huolellisuutta.

¹³¹⁴ RL 3:7.1 on esittäidensä perusteella rakennettu juurikin tämäntyyppisen yhtäältä *objektiiviseen teon* (olosuhteiden edellyttämän ja henkilöltä vaadittavan huolellisuusvelvoitteen rikkominen) ja toisaalta *subjektiiviseen tekijän* huolimattomuuden (kyky edellisiä velvoitteita noudattaa) erottelun varaan. Jälkimmäisen osalta kysymykseksi asetetaan ensinnäkin se, mitä *tekijän* olisi pitänyt tehdä, jotta olisi voinut havaita edellisiä huolellisuusvelvoitteita loukkaavansa, ja toiseksi, *olisiko hän voinut tai olisiko hänen edes pitänyt tähän ryhtyä*. Kyse on rikosoikeudelliseen syyllisyysperiaatteeseen sisältyvästä (tosiasiallisesta) toisin toimimisen mahdollisuudesta, joka siis edellyttää niin tilaisuutta kuin kykyäkin toimi toisin. Esimerkkinä tällaisesta toisin toimimisen tilaisuuden puuttumisesta mainitaan esitöissä tilanne, jossa tekijällä ei kokemusperäisen ja ammatillisen tiedon perusteella ollut mitään perusteltua syytä epäillä huolellisuusvelvoitteiden loukkaamista. Esimerkkinä toisin toimimisen kyvystä mainitaan puolestaan jo vuosikymmeniä kestäneet huonot ruutiinit, joiden puitteissa tekijällä ei enää toimintaan ryhtyessään ollut kykyä arvioida sen riskejä. (HE 44/2002 s. 95–97) Vaikken *teon* ja *tekijän* huolimattomuuden valttavan tarkkarajaiseen erottamiseen uskotaan, on tapauksessa KKO 2018:58 arvioinnin kohteena ollut asetelma jo lain esitöiden valossa mielestäni huomattavasti lähempänä nimenomaan *tekijän* kuin *teon* huolimattomuuden täyttymättä jäämistä.

¹³¹⁵ Vrt. Frände 2020 s. 109–110, joka lukee ratkaisua siten, että viimeisen vaiheen pro & contra -punninta liittyi juuri osastonjohtajien *henkilökohtaisen* huolimattomuuden (personlig oaksamhet) arviointiin. Lukutapa on sinällään toki mahdollinen, mutta mielestäni huomattavasti etäämmällä ratkaisun perustelujen sanamuodoista kuin edellinen oma luentani. Kallio 2018a muotoilee asian siten, että lopulta osastonjohtajien ”ei katsottu toimineen asian olosuhteissa huolimattomasti”.

¹³¹⁶ Hieman samantapaisesti KKO näyttäisi tosin hyödyntäneen RL 3:3:ää jonkinlaisena argumentatiivisena tukena myös jo ratkaisussaan KKO 2005:27 (kohta 49), jossa oli kyse Ahvenanmaan Raha-automaattiyhdistyksessä vastuusessa olleiden henkilöiden syyllistymisestä arpaisrikokseen, joka ei tunnusmerkistönsä osalta myöskään edellytä niinkään tiettyä seurausta, vaan pikemminkin arpaislain (tai esim. arpajaisen toimeenpanoa koskevan luvan) rikkomista. Lisäksi voidaan nostaa esiin ratkaisu KKO 2014:22 (kohdat 11–12), jossa korkein oikeus tukeutui pahoinpitelyrikosta koskennutta avunantoa arvioidessaan RL 3:3.2:iin. Tältä osin on kuitenkin muistettava, että avunantoa koskeva rikosvastuu on kytketty päärikokseen myötävaikuttamiseen siten, että päärikos on tavallaan mielletävissä avunannon *seuraukseksi* (ks. kohta 5–6). Ks. myös oikeusneuvos Rudangon eriyvä mielipide, jossa RL 3:3.2:n soveltamiseen suhtaudutaan varauksellisemmin. Rudangonkin mielestä kyseisestä lainkohdasta voidaan saada ”jossain määrin johtoa” avunantovastuun arviointiin.

toimitettaessa – ei siihen, aiheutuuko tästä jonkinlaisia ikäviä seurauksia tai ei, kuten on vaikkapa kuoleman- tai vammantuottamuksen tunnusmerkistöjen (RL 21:8 ja 21:10) kohdalla. RL 3:3.2 viittaa puolestaan nimenomaisesti ”tunnusmerkistön mukaiseen seuraukseen”. Oikeustieteen silmin katsottuna voi tuntua suorastaan käsittämättömältä, että korkein oikeus suorittaa koko juttua koskevan kysymyksenasettelunsa tukeutuen rikoslain säännökseen, joka nimenomaisesti ei näyttäisi edes soveltuvan koko asiaan. RL 40:10:n tunnusmerkistö ei yksinkertaisesti sisällä minkäänlaista seurausta.¹³¹⁷ Alemmissa asteissa rakennustarkastajaa oli kyllä syytetty niin kuoleman- kuin vammankintuottamuksista, mutta tätä koskevien syytteiden tultua hylätyiksi ja vain vastaajan valittaessa (siis ainoastaan virkarikoksen osalta) korkeimpaan oikeuteen, ei korkeimmassa oikeudessa edellä jo mainituin tavoin ollut kyse enää muusta kuin nimenomaan virkarikoksesta.

Laiminlyönnin rangaistavuuden arviointia sitä jo otsikkonsa puolesta käsittelevän RL 3:3:n pohjalta voi toki sinällään pitää aivan luontevana, mutta kyseisen säännöksen 2 momenttiin vetoaminen ottamatta millään tavoin kantaa siihen, että koko momentti on nimenomaisesti rajattu vain seurausta edellyttäviin rikoksiin, ei herätä tieteellisesti katsottuna järin suurta luottamusta. Kaikenlaisten laiminlyöntiä koskevien oppirakennelmien ja vastuumuotojen hyödyntäminen uusissa ja tavanomaisesta poikkeavissa asiayhteyksissä ei tietysti ole tieteenkään piirissä tavatonta. Lähtökohtana on kuitenkin se, että tällaista harrastettaessa pyritään myös avoimesti perustelemaan, miksi näin tehdään.¹³¹⁸

Vielä voidaan mainita jo edellä käsittelemäni ratkaisu 2019:98, jossa korkein oikeus arvioi sydäninfarktipotilasta selvästi sairaalan hoito-ohjeiden vastaisesti hoitaneen lääkärin vastuuta potilaan myöhemmästä kuolemasta. Niin korkeimman oikeuden enemmistö kuin vähemmistökin käsitteli asiaa yksinomaan syy-yhteyksysymyksenä sivuuttaen näin tyystin esimerkiksi Ari-Matti Nuutilan väitöskirjassaan esittämän ajatuksen siitä, kuinka pelkän syy-yhteyden ja huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen ohella rikosoikeudellisen tuottamuksen osalta olennaista olisi nimenomaan kyseessä olevan huolellisuusvelvoitteesta poikkeamisen relevanssi kyseessä olevalle seuraukselle eli tässä tapauksessa kuolemalle.

Erilaisiin syyksi lukemisen normatiiviseen puoleen keskittyvien oppien (kuten juuri Nuutilan oppi teon huolimattomuudesta) kanssa pitkin 1900-luvun loppua ja 2000-lukua askartelemaan tottuneen oikeustieteen silmissä erityisesti korkeimman oikeuden vähemmistön tapa lukea kuolemantuottamus syyksi pelkästään toisen

¹³¹⁷ Asiasta huomauttaa myös Frände 2020 s. 141–142, joka tunnistaa KKO:n ajatusmallista tiettyä systeeminvastaisuutta (”en viss systemfientlighet”). Vrt. Kallio 2018b, joka sen sijaan ei problematisoi asiaa millään tavalla.

¹³¹⁸ Todettakoon, että KKO:n ratkaisukokoonpanossakin istunut Jussi Tapani ehdotti jo vuonna 2010 RL 3:3.2:n ilmentämän vastuusamaopin argumentatiivista hyödyntämistä jäsenettäessä kansalaisten velvollisuuksia toisiaan kohtaan myös vaikkapa vaarantamisrikosten osalta, vaikkei epävarsinaisten laiminlyöntirikosten soveltamisalaa Tapanin mukaan tietenkään pitäisi mennä sinällään laajentamaan varsinaisten loukkauksien tunnusmerkistöjen tulkinnan ulkopuolelle. Tällaisella kun voisi olla ennakkoimattomia seurauksia. (Tapani 2010 s. 69–70) Tapanin esityksestä ei mielestäni aivan hirvittävän selvästi käy ilmi, mikä ero yhtäältä mahdollisella ”argumentaatiolla hyödyntämisellä” ja toisaalta ei-mahdollisella ”tunnusmerkistön tulkinnalla” on. Eikä tällaista rajanvetoa tietysti korkeimman oikeuden perusteluissakaan lähdetä suorittamaan. Ks. myös Korkka 2019b s. 189–192 sekä tältä pohjalta myös Niemelä 2020 s. 229, jotka puhuvat aktiivisen toiminnan ja laiminlyöntien välimaastoon jäävistä erilaisten huolellisuusnormien rikkomistapauksista ”laajan laiminlyöntirikoksen” käsitteen alaisuudessa riippumatta siitä, tuleeko ylipäänsä koko RL 3:3 sovellettavaksi vai ei. Esim. Niemelä 2020 s. 231–232 ja 244–245 ei ratkaisua KKO 2018:90 käsitellessään problematisoi RL 3:3.2:iin turvautumista millään tavoin, vaan päinvastoin toteaa KKO:n ”ansiokkaasti hyödyntäneen epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen vastuusamaoppia muissakin rikostyypeissä kuin selkeissä seurasurikoksissa”. Niemelä pitääkin kannatettavana, että epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen vastuoppia hyödynnettäisiin tarkasteltaessa kaikenlaisia huolellisuusvelvollisuuksien rikkomistapauksia. KKO on myöhemmin viitannut RL 3:3.2:iin arvioidessaan RL 40:9–10:n virkavelvollisuuden rikkomisen ja tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen täyttymistä myös ratkaisussa 2020:29 (kohta 77).

rikostunnusmerkistön yhteydessä todetun huolimattomuuden ja jonkinlaisen ”faktisen” syy-yhteyden perusteella on hyvin hyvin merkillinen. Vähintäänkin se on räikeässä ristiriidassa siihen, mitä vaikkapa juuri Nuutila on väitöskirjassaan esittänyt.

Korkeimman oikeuden viimeaikaisista rikosoikeudellisista ratkaisuista on havaittavissa ylipäänsä, ja siis muutenkin kuin vain tuottamusta koskien, melkoisia eroavaisuuksia siihen, mitä rikosoikeuden saralla on perinteisesti rikosvastuun pohtimiselta edellytetty. Tyydyn tässäkin vain muutamaa, mutta ehkä kaikkein räikeimpään esimerkkiin.

Ratkaisussa 2019:74 korkein oikeus joutui arvioimaan liikenneturvallisuuden vaarantamisen (RL 23:1 ja 23:2) edellyttämän niin sanotun abstraktin vaarantamisedellytyksen täyttymistä tilanteessa, jossa henkilöautonkuljettaja oli kääntynyt kahdesti punaista valoa näyttäneen liikennevalo-osoittimen kohdalla oikealle yöllä siten, ettei risteyksissä ollut muita tienkäyttäjiä. Toisin sanottuna kyse oli korkeimmassa oikeudessa siitä, oliko menettely *ollut omiaan aiheuttamaan vaaraa toisen turvallisuudelle* (perusmuotoinen tekumuoto) taikka *vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle* (törkeä tekumuoto). ”Perinteinen” rikosoikeusdogmaattinen näkökulma tämän kaltaiseen kysymykseen olisi uskoakseni määritellä lyhyesti, mitä abstrakti vaara tarkoittaa ja tämän jälkeen tutkia, täyttääkö vastaajan menettely kyseisen määritelmän. Tästä poiketen korkein oikeus toteaa, että vaaran tähtyminen on arvioitava *kokonaisarvostelussa*. Eikä korkein oikeus lopulta tyydy ainoastaan abstraktin vaaran käsitteen sitomiseen kokonaisarvosteluun. Sen ohella korkein oikeus puhuu ”teon törkeysarvioinnista”, jossa on sen mukaan huomioitava mahdollisten vahinkojen vakavuus ja niiden todennäköisyys antaen merkitystä myös tapauskohtaisille liikenneolosuhteille. Etenkin jälkimmäinen on jo laillisuusperiaatteensa pohjalta legalistiselle rikosoikeudelle mitä kummallisin ajatusmalli. Niin perusmuotoinen kuin kvalifioitukaan liikenneturvallisuuden vaarantamisen tunnusmerkistö kun ei edellytä minkäänlaista törkeyttä saati sellaisen arviointia¹³¹⁹.

Ajatus vaarantamistunnusmerkin epämääräisestä kokonaisarvostelusta tulee vielä selvemmin esille ratkaisusta 2019:75, jossa korkein oikeus puhuu suoranaisesti vaaran ”konkreettisuusasteesta” (kohta 11¹³²⁰). Mikäli ”perinteisen” rikoslainopin ajatellaan perustuvan mahdollisimman täsmällisesti muotoiltuihin käsitteisiin (kuten abstrakti/konkreettinen vaara), joiden käsillä oloa tai olemattomuutta pohtimalla vastuukysymys ratkeaa, on selvää, että kokonaisarviointi siitä, millainen on konkreettisuuden (tai vastaavasti kai myös abstraktisuuden?) aste, merkitsee käsitteellisen täsmällisyyden vesittävää ajatusmallia. Mikä merkitys jää sellaisille käsitteellisille erotteluille kuin abstrakti tai konkreettinen vaara, jos kyse on lopulta jonkinlaisesta liukumasta konkreettisuuden asteiden välillä?

Kyse ei ole siitä, etteikö erilaisten käsitteiden täsmällinen määrittely voisi olla vaikeaa ja lopulta mahdotontakin, tai etteikö näissä määritelmissä jouduttaisi helposti

¹³¹⁹ Myös ratkaisun KKO 2020:22 (kohta 14) voinee ajatella jatkavan tiukan legalistisesta näkökulmasta hämmentävien ilmaisujen viljelyä. Kyseisessä ratkaisussa KKO puhuu liikenneturvallisuuden vaarantamisen ”törkeysarvioinnista” viitaten rajanvetoon RL 23:1:n perusmuotoisen ja 23:2:n kvalifioitun tunnusmerkistön välillä.

¹³²⁰ KKO viittaa tässä kohdin aiempaan ratkaisuunsa 2014:11, jossa RL 34:3.1:n tuhotyön edellyttämä ”suuri ihmismäärä” sidottiin muun ohella siihen, *miten konkreettisesti*, välittömästi ja vakavasti vaara kohdistui vaaravyöhykkeellä olleiden ihmisten henkeen ja terveyteen (kohta 11). Ks. myös ratkaisun 2014:11 kohta 13, jossa puhutaan ”aiheutetun vaaran konkreettisuusasteesta”.

tukeutumaan mitä erilaisimpiin kokonaisarvosteluihin¹³²¹. Sen sijaan kyse on siitä, että erilaisten tunnusmerkistötekijöiden merkityksen ja täyttymisen pohtimisen sijaan korkein oikeus kohdistaa mielenkiintonsa pikemminkin huomattavasti laajempien kokonaisuuksien punnintatyypiseen arviointiin. Etenkin systemaattis-legalistisesta näkökulmasta erinäiset tunnusmerkistötekijät tuntuvat välillä olevan tällaisia kokonaisuuksia arvioitaessa lähinnä tiellä.¹³²²

Ratkaisu 2019:106 on tältä osin nähdäkseni kaikkein mullistavin¹³²³. Tapauksessa oli kyse siitä, oliko keskinäisessä tappelutilanteessa toista kaulasta kuristanut henkilö tahallisesti tappanut aivojen hapenpuutevaurioon menehtyneen vastustajansa. Kyse on niin sanotusta seuraustahallisuudesta, jonka osalta RL 3:6 sisältää legaalinmääritelmän: ”tekijä on aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on pitänyt seurauksen aiheutumista varsin todennäköisenä”. Korkein oikeus toteaa edellisen niin sanotun *todennäköisyystahallisuuden* täyttymistä arvioitavan käytännön ratkaisutilanteissa yleensä tarkastelemalla niitä seikkoja, joiden pohjalta tekijä on teon aikana voinut arvioida tekonsa seurauksia. Koska tällaiset seikat (tekoväline, väkivallan voimakkuus ja kesto jne.) vaikuttavat eri olosuhteissa eri tavalla, on arvioinnin perustuttava korkeimman oikeuden mukaan *kokonaisharkintaan*. (kohdat 9–10 ja 24) Käytännössä tämä merkitsee kyseisessä ratkaisussa ”näytön arvioinnin” (kohdat 19–23) sekä edelliseen pohjautuvan pro & contra -tyyppisen ”oikeudellisen arvioinnin ja johtopäätöksen” (kohdat 24–28) erottamista. Lopputuloksena on, että ”esitettyä selvitystä kokonaisuutena arvioituaan” enemmistö katsoo tekijän täytyneen pitää uhrin kuolemaa varsin todennäköisenä (kohta 28). Vähemmistö päätyy erilaiseen lopputulokseen – sinällään vastaavanlaisen kokonaisarvioinnin perusteella. (Itse asiassa aineellisoikeudellinen ja näytöllinen puoli sekoittuvat eriävässä mielipiteessä ainakin sanavalintojen osalta vielä enemmistön perustelujakin enemmän toisiinsa.)

Samanlainen muotoilu löytyy jo ratkaisusta 2012:98, jossa niin ikään asetetaan tahallisuusarvioinnin lähtökohdaksi tekijän tiedossa olleisiin ulkoisiin seikkoihin perustuva kokonaisarviointi (kohta 8), mikä tapahtuu lopulta tahallisuutta puoltavia ja sitä vastaan puhuvia seikoja punnitsemalla (kohdat 23–28). Lopulta korkein oikeus ei tapauksessa katso ”esitettyä selvitystä kokonaisuutena arvioitaessa” tulleen riittävällä varmuudella näytetyksi, että A olisi pitänyt kuolemaa tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena (kohta 28). Ajatusta todennäköisyystahallisuuden arvioinnista tekijän tiedossa tekohetkellä olleiden ulkoisten seikkojen valossa on muotoiltu myös ratkaisuisissa 2015:84 (kohta 21) ja 2013:82 (kohta 11).

Korkeimman oikeuden tapa sekoittaa näyttö- ja aineellisoikeudellinen kysymys yhdeksi kokonaisarvionniksi on hyvin kiinnostava. Uskaltaisin väittää, että

¹³²¹ Esim. jo liikennerikosten uudistuksen yhteydessä puhuttiin abstraktin vaarantamisen arvioinnista niin ajotapaan, ajoneuvon kuntoon, tapahtumapaikkaan, liikenneolosuhteisiin kuin ajosuorituksen mahdollisesti sisältämien useiden erinäisten rikkomusten kokonaisuuden huomioivassa vaaran kokonaisarvostelussa (HE 32/1997 s. 18).

¹³²² Vrt. Tolvanen 2019b, joka päinvastoin katsoo ratkaisussa KKO 2019:74 esitetyn argumentaation olevan hyvin linjassa aiemman prejudikaaturin (KKO 1991:80 ja 1991:29) ja vastaavan hyvin myös niin lain esitöitä kuin oikeuskirjallisuuttakin. Tolvaselle ratkaisu ”ei ole millään muotoa yllättävä tai vakiintunutta laintulkintaa muuttava”. *Merkitävä* kyseinen ratkaisu Tolvasen mukaan kuitenkin on – ymmärtääkseni tavanomaiset ajatusmallit vahvistavassa merkityksessä. Todettakoon, että omasta mielestäni ajatus ”hyvin linjassa” olemisesta tapausten 1991:80 ja 1991:29 kanssa on mitä ongelmallis. Jälkimmäisissä oli kyse nopeusrajoituksen ylittamisestä sallittuun verrattuna liki kaksinkertaisella nopeudella, KKO:n (ensimmäisessä yhden, jälkimmäisessä kahden tekstikappaleen mittaiset) asiaa koskevat perustelut ovat mitä suppeimmat ja lisäksi juttuihin sisältyy eriävät mielipiteet, joista ensimmäisen osalta erimielisyys koskee (kaiketi) juurikin vaarantamisen abstraktisuutta.

¹³²³ Vrt. Kallio 2019, jolle ratkaisu on ”pitkälti yksittäistä tapausta koskeva näyttöratkaisu, josta ei voida tehdä pitkälle meneviä yleisiä johtopäätöksiä”. Uskoakseni tapauksesta voi päinvastoin nähdä hyvinkin merkittäviä rikosoikeudellisen ajattelun muutoksia koskien eritoten aineellisoikeudellisen ja näytöllisen puolen rajanvetoa.

”perinteisen” rikoslainopin näkökulmasta kysymys olisi nähty eri tavalla. RL 3:6 määrittää yksiselitteisesti sen, mitä tahallisuuden alaraja RL 21:1:n kohdalla edellyttää; *seurauksen* (eli kuoleman) *mieltämistä varsin todennäköiseksi*. ”Perinteinen” suhtautumistapa tähän olisi erottaa kyseinen tahallisuuden määritelmä ja edelleen sen tarkempaa merkitystä koskevat kysymykset aineellisoikeudellisiksi seikoiksi, joiden täyttyminen tai täyttymättä jääminen ratkeaa asiassa esitettyjä todisteita vapaasti harkiten. Korkeimman oikeuden ratkaisuihin on todella vaikea sanoa, missä aineellisoikeudelliset normien merkitykseen liittyvät kysymykset vaihtuvat näytöillisiksi todellisia asiointiloja koskeviksi kysymyksiksi, ja päinvastoin.

Kyseisten ratkaisujen valossa edellä mainittu Thomas Fischerin näkemys erinäisistä *Gesamtwürdigungeista* innostuneesta lainkäytöstä näyttäisi pätevän myös Suomen korkeimpaan oikeusasteeseen; yksittäistapauksia ratkaistaan abstraktis-tieteellisen rikosoikeusteorian sijaan pistemäis-kontekstuaalisella kokonaisharkinnalla. *Abstraktin* tai *konkreettisen* vaaran tai vaikka *tahallisuuden* täsmällisen käsitteellisen merkityssisällön sijaan lainkäyttäjä on kiinnostunut yksittäistapauksen ratkaisemisesta. Korkeimman oikeuden ratkaisuja lukiessa ei synny kuvaa siitä, kuinka täsmällisesti ymmärretyt käsitteet toimitivat yksittäistapausten ennakoitavan ratkaisemisen pohjana. Sen sijaan välittyy kuva nimenomaan yksittäisiin tapauksiin keskittyvästä ratkaisutoiminnasta.

Yksittäistapausten ratkaisu on ilman muuta se, mistä lainkäytössä on pohjimmiltaan kyse. En ajattele esimerkiksi korkeimman oikeuden edellä mainitun ratkaisukäytännön merkitsevän pelkkää ”oman onnensa nojaan jääneen” lainkäyttäjän harjoittamaa ”oikeudetonta mielivaltaa”. Sinällään abstraktis-tieteellisen ymmärryksen sivuuttaminen ilmenee toki toisinaan eräänlaisena kvasi-logiikkana. Esimerkiksi abstraktia vaarantamista koskeva ratkaisu 2019:74 päättyy surkukupaisaan tilanteeseen, jossa KKO toteaa konkreettisen vaaran jääneen keskellä yötä päin punaisia ajettaessa syntymättä johtuen ”A:n vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella olevasta sattumanvaraisesta seikasta eli siitä, että risteyksissä ei ole ollut A:n ajohetkellä muita tienkäyttäjiä” (kohta 16). Muiden ihmisten päätös lähteä autoilemaan tai vaikka pyöräilemään keskellä yötä on ilman muuta A:n vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolinen ja tässä mielessä hänen kannaltaan sattumanvarainen seikka. On kuitenkin vaikea ymmärtää, mitä merkitystä vielä tällä on liikenneturvallisuuden vaarantamisen kannalta. Tapauksessa kun kaikesta on kyse siitä, että A on risteyksiin ajaessaan todennut, ettei muuta liikennettä siellä sillä hetkellä ole. Jos A sen sijaan olisi autoillut vaikkapa silmät sidottuna, olisi muiden tienkäyttäjien läsnäolo – tai olemattomuus – ilman muuta A:lle sattumanvaraista. Mikäli näin olisi ollut, luulisi KKO:n siitä kuitenkin tapausselesteeseensä maininneen. Nyt muiden tienkäyttäjien olemattomuus risteysalueella on kai kuitenkin tullut todetuksi A:n taholta ennen sinne ajamista. Tämän väittäminen *sattumanvaraiseksi* on kerta kaikkiaan kummallista. Juuri tässä on (yksi) kokonaisarviointien vaara. Arvioitaessa kokonaisuutta joudutaan koko ajan miettimään, mikä kaikki tähän kokonaisuuteen kuuluu ja millä tavalla. Mikäli tällaisen miettiminen jää puolittiehen, voi mukaan pujahtaa mitä kummallisimpia seikkoja. Ajatus siitä, että vastaajan kyvyttömyys vaikuttaa muiden ihmisten tienkäyttöpäätöksiin voisi itsessään vaikuttaa vastaajan tekemisten vaarallisuuteen on yksinkertaisesti älytön. Yhtä lailla kuka tahansa missä tahansa risteyksessä liikkuva aiheuttaa vaaraa, kun ei kuitenkaan voi vaikuttaa siihen, ketkä kaikki muut saattavat risteysalueella oleskella. Olennaista ei ole yleinen kyky vaikuttaa muiden päätöksiin, vaan sen havainnointi, ovatko muut

käyttäneet itsenäistä päätöksentekokykyään siten, että ovat päätyneet samaan aikaan risteykseen.¹³²⁴

Edellisen kaltaisia ääritapauksia lukuun ottamatta korkeimman oikeuden edellä kuvatut painotukset ovat paitsi käytännön juridiikan valossa hyvinkin ymmärrettäviä myös ainakin jossain määrin linjassa monien viimeaikaisten edelleen nimenomaan käytäntöä lähellä olevien lainopillisten, ja jopa oikeusteoreettisempienkin, kantojen kanssa.

2.2 Käytäntöä lähellä olevia tuoreempia dogmaattisia kehitelmiä

Lainopin saralta on nostettava esille ennen kaikkea Samuel Cavallinin väitöskirja *Skuld* (1999), jonka punaisena lankana on irrottautuminen valistuksenaikaisesta ”kartesiolaisesta dualismin myytistä”, johon kohdistuvassa yliuskon tilassa Cavallin katsoo modernin rikosoikeusdogmatiikan olevan. Cavallinin mukaan Saksasta vaikutteita saanut pohjoismainen rikoslainoppi on 1800-luvulta lähtien pyrkinyt luonnontieteistä ja ylipäänsä ”mekanismeista” innostuneen maailmankatsomuksen mukaisesti sitoutumaan jonkinlaiseen ”objektiiviseen” syyksi lukemiseen, jossa rikosvastuun ytimeksi on yritetty nostaa ensin kausaalisuutta ja sittemmin erilaisia ”riskiin” sidottuja malleja. Kaikki tämä on johtanut Cavallinin mukaan siihen, että rikosvastuusta on pyritty tekemään epäpersoonallista rikosoikeudellisen syyllisyysperiaatteen kokiessa samalla arvonalennuksen. Väitöskirjassa onkin nimensä mukaisesti kyse syyllisyysperiaatteen puolustamisesta.¹³²⁵ Tämä tapahtuu siis kyseenalaistamalla modernille rikosoikeudelle hyvin tyypillinen erottelu objektiivisen ja subjektiivisen – tekoon ja tekijään (*”der Angelpunkt der Verbrechenslehre”*). Toisin sanoen syyllisyys on ”realisoitava” tai ”objektivoitava”. Tämä tarkoittaa Cavallinin mukaan sen ymmärtämistä, ettei rikosoikeudellisesti relevantti syyllisyys – ja siis ennen kaikkea tahallisuus ja tuottamus – lymyä ihmisen pään sisällä, vaan on sen sijaan kaikkien havainnoitavissa niissä teoissa ja tekemättä jättämisissä, mitä itse kukin suorittaa. Käyttäytymisellään ihminen manifestoi tietoaan ja ennen kaikkea tahtoaan – ihmisen käyttäytyminen tulee ymmärrettäväksi, merkitykselliseksi, vasta kun siihen liitetään ajatukset ja tavoitteet.¹³²⁶

Cavallinin ajatukset tuovat tietysti mieleen finalismin, jonka Cavallin toteaaakin ”askeleeksi oikeaan suuntaan”. Tämä ei kuitenkaan Cavallinille vielä riitä. Finalististen rikosoikeusoppien sijaan hän pohjaa syyllisyysteoriaansa modernimpiin ajatuksiin, joista tärkeimpiä ovat R. A. Duffin teko-oppi, Nils Jareborgin culpa-oppi sekä ”saksalaisen rikosoikeusdogmatiikan *keihäänkärjet*”, joita edustavat ymmärtääkseni ainakin niin ikään intentionaalista teko-oppia kehitellyt Heinz Koriath sekä enemmänkin funktionalisteiksi leimatut Claus Roxin ja Bernd Schünemann. Duffin ja Jareborgin Cavallin lukee analyyttisen filosofian perheeseen. Saksalaisten ”keihäänkärkien” merkitys tutkimuksessa jää sen sijaan paljon epämääräisemmäksi. Lopulta Cavallin pyrkiikin yhdistämään nimenomaan intentionaalisen ja sielu/ruumis-erottelun hylkäävän Duffin teko-opin sekä culpa-käsitettä koko rikosoikeuden

¹³²⁴ Tapaus 2019:74 ei ole missään tapauksessa helppo, vaan KKO on siinä tavallaan puun ja kuoren välissä; tieliikennelain kielto ajaa punaisia päin on varsin ehdoton ja äärimmäisen tärkeä liikennesääntö, mutta samalla on vaikea ajatella, miten yöllä kenenkään muun paikalla olematta punaisia päin ajaminen voisi aiheuttaa liikenneturvallisuuden vaarantamisen edellyttämää vaaraa. Olennaista on liikennesäännön painavuuden ja merkityksen punnitseminen rikostunnusmerkistön vaaraedellytystä vastaan – ja edelleen myös laillisuusperiaatetta vastaan; rikostunnusmerkistöön otettua vaarantamistunnusmerkkiä kun ei voi ainakaan vastaajan vahingoksi noin vain sivuuttaa.

¹³²⁵ Cavallin 1999 s. 14, 50–52, 143–144 ja 150. Samoin Matikkala 2001 s. 268 kiteyttää teoksen taisteluksi dualismia ja sen syyllisyyskäsitteeseen aiheuttamia Cavallinin ikäviksi katsomia seurannaisvaikutuksia vastaan.

¹³²⁶ Cavallin 1999 s. 12–16 ja 144. Syyllisyysperiaate edustaa Cavallinille rikosvastuun fundamentaalista periaatetta (s. 353).

keskeisimpänä käsitteenä pitävän Jareborgin rikosoikeusteorian. Cavallin katsoo tuottamuksen perustuvan tosiasiallisen (huolimattoman) teon ja hypoteettisen (huolellisen) teon väliseen vertailuoperaatioon. Niin tosiasiallinen kuin hypoteettinenkin teko tulevat merkityksellisiksi ja vertailukelpoisiksi juuri niiden ilmentämien intentioiden kautta. Lopulta Cavallin tiivistää ajatuksensa: ”Det centrala grunden för straffansvar skulle alltså kunna uttryckas som culpabedömd intentionalitet.”¹³²⁷ Näin syyllisyys tulee ymmärretyksi hyväksyttävästä käyttäytymisvaihtoehdosta poikkeamiseksi – huolellisuuden mittapuusta poikkeamiseksi. Ja näin tahallisuudesta muodostuu tuottamuksen alaluokka.¹³²⁸

Cavallin suorittaa tutkimuksessaan suhteellisen perusteellisen oikeusvertailevan katsauksen ruotsalaiseen ja saksalaiseen rikoslainoppiin. Tämän ohella hän nostaa esiin common law -traditiosta ja myös muista pohjoismaista kumpuavia näkökohtia. Omintakeinen piirre tutkimuksessa on oikeuskäytännölle annettu varsin olennainen rooli. Högsta domstolenin ohella Cavallin hyödyntää massiivista vuosilta 1989–1992 peräisin olevaa tingsrätt-aineistoa, jonka osalta Cavallin puhuu ”takaovesta” högsta domstolenin oikeuskäytäntöön. Ajatuksena on siis selvittää HD:n ratkaisukäytännön (ja miksei myös rikoslainopillisen tutkimuksen) todellinen merkitys analysoimalla, millaisessa roolissa se tingsrätt-tasolla ilmenee. Tavoitteena on ”praksiksen ennakkoluuloton lähestyminen”.¹³²⁹ Käytännössä Cavallin suorittaa yleisen oikeusvertailevan (ja paikoin -historiallisen) rikoksen käsitteen ja rikoksen rakenneopillisen analyysin (s. 24–144), minkä jälkeen hän käsittelee vuorotellen tahallisuutta (s. 147–356), yritysoppia (s. 357–399) ja tuottamusta (s. 400–602). Lopussa suoritetaan vielä kärkeäoikeuskäytännön analyysi (s. 603–763).

Cavallinin kunnianhimoisena tavoitteena on siis tavallaan yhdistää R. A. Duffin ja Nils Jareborgin rikosoikeusteoria kokonaisuudeksi, jossa nimenomaan tuottamus merkitsisi koko rikosvastuun yhdistävää teemaa. Olennaiseksi nousee tältä osin *välinpitämättömyyden* käsite, jonka Cavallin ajattelee kykenevän tavoittamaan jotain olennaista niin tahallisuudesta, tuottamuksesta kuin syyllisyydestä ylipäänsäkin. Yritettyään yhdistää Duffin ”*practical indifference*” -käsitettä Jareborgin ”*likgiltighet*”-käsitteeseen Cavallin kuitenkin toteaa välinpitämättömyyden sinällään ilmaisuvoimaiseksi ja oikeuskäytännönkin tuntemaksi, mutta kuitenkin kyvyttömäksi suorittamaan varsinaista rajanvetoa vaikkapa tahallisuuden ja tuottamuksen välillä. Lopulta *likgiltighet* jääkin Cavallinille vain toiseksi tavaksi ilmaista ”huolimattomuus”.¹³³⁰ Cavallinin esitys jää tässäkin kohdin hieman epämääräiseksi.

Epämääräisen ohella esitys on monilta kohdin myös epäuskottava. On esimerkiksi vaikea uskoa, etteikö tahallisuusarviointi olisi Ruotsissa aiheuttanut sen suurempia ongelmia ennen valistuksen vaikutusta ja 1800-lukua, tai että tällaisesta edes kannattaisi puhua suorittamatta huomattavasti Cavallin väitöskirjaa syvällisempää tutkimusta ruotsalaiseen oikeushistoriaan. Vielä vaikeampaa on ymmärtää Cavallinin edellisestä tekemää johtopäätöstä: että vanha tahallisuusarvioinnin tapa olisi jotenkin

¹³²⁷ Cavallin 1999 s. 144–146, 243 ja 251.

¹³²⁸ Cavallin 1999 s. 598 ja 600. ”Skuld borde ses som en deficit i förhållande till ett godtagbart alternativ.”

¹³²⁹ Cavallin 1999 s. s. 20–21, 89, 194 ja 603.

¹³³⁰ Cavallin 1999 s. 567–578 ja 597. Samaan tapaan esim. saksalaista *Leichtfertigkeit*-syyksiluettavuutta tutkinut Christian Birnbaum 2000 erit. s. 144, 209 ja 247 ja vielä 279 päätyy katsomaan *Leichtfertigkeitin* nimenomaan tuottamuksen piiriin kuuluvaksi eräänlaiseksi korostuneeksi huolimattomuudeksi (”grob fahrlässigkeit”). Samalla Birnbaum tosin korostaa sen olevan rikosprosessuaalisesta näkökulmasta myös lähellä tahallisuutta (s. 209, 248 ja 280). Tutkimuksessaan Birnbaum peilaa *Leichtfertigkeitia* niin tuottamukseen (s. 144–209) kuin tahallisuuteenkin (s. 209–248).

nykyistä oikeusvarmempi.¹³³¹ Myöskään esimerkiksi joidenkin lopulta melko satunnaisten saksalaisten, anglosaksisten ja pohjoismaalaisten 1900-luvun kirjoittajien rikoksen rakenneoppien yleiselle tasolle jäävällä pyörittelyllä on vaikea perustella sitä, että objektiivisen ja subjektiivisen puolen erottavat dualistiset mallit olisivat jotenkin Cavallinin ehdotusta huonompia, saati sitten tyystin hylättäviä.¹³³²

Cavallinin esityksessä on kuitenkin muutama huomionarvoinen seikka. Ensinnäkin kyseinen teos ei nähdäkseni kalpene miltään merkittävältä osin kaltaisilleen perustavanlaatuisille rikosoikeusteoreettisille monografioille. Olen tämän tutkimuksen kuluessa yrittänyt osoittaa, että niistä kaikista on löydettävissä enemmän tai vähemmän suuria heikkouksia, puutteita, kummallisuuksia ja suoranaisia älyttömyyksiä. Toisin kuin moni muu yhtä kunnianhimoinen ja suuritoinen (tässä tapauksessa siis reilu 750-sivuinen) teos, Cavallinin tutkimus on sen sijaan onnistuttu Suomessa (ja ymmärtääkseni myös Ruotsissa) sivuuttamaan ilman juuri minkäänlaista mielenkiintoa. Syitä tähän on turha käydä tässä arvailemaan. Sen sijaan huomiota on syytä keskittää toiseen työn äärimmäisen mielenkiintoiseen piirteeseen: se onnistuu etenkin oikeuskäytännön osalta kuvaamaan monilta osin juuri sitä, mihin esimerkiksi korkein oikeutemme näyttäisi edellä esittelemieni ratkaisujen valossa olevan menossa. Ja mihin vieläpä kotimainen ja nimenomaan käytäntöä lähellä oleva pragmaattinen rikoslainoppikin on ainakin joltain osin ollut matkalla – Cavallinista tosin kaiketi autuaan tietämättömänä!

Cavallin itse toteaa tutkimuksensa kautta hahmottuvan kaksi ruotsalaisen rikosoikeuden linjaa. *Yhtäältä* on rikoslainopillinen doktriini, joka pyrkii pitämään vastuuarvioinnissa objektiivisen ja subjektiivisen – teon ja tekijän tiukasti erillään toisistaan. Kyseisen opillisen kannan puitteissa rikosvastuu ymmärretään moniportaiseksi (”flerstegslärar”) rakennelmaksi, jossa ensin arvioidaan teon objektiiviset ja ulkoisesti havaittavissa olevat seikat, minkä jälkeen tutkitaan ”peittävätkö” jonkinlaiset tekijän subjektiiviset ja edellisistä siis irralliset tieto- ja tahtotilat nämä ulkoiset seikat.¹³³³ *Toisaalta* on käräjäoikeustasolta korkeimpaan oikeuteen ulottuva tuomioistuinpraksis, jossa vastuukysymyksiä ratkaistaan ilman objektiivisen ja subjektiivisen tarkkarajaista erottelua. Etenkin käräjäoikeudet ajattelevat Cavallinin mukaan usein ”tekolähtöisesti” (gärningsmässigt); varsinkin tahallisuus sidotaan erilaisiin tekotyypeihin siten, että vaikkapa erilaiset tekotavat ja -välineet muodostavat lopulta keskeisen arviointiperusteen tahallisuuden käsilläololle. Tahallisuus siis täyttyy *ex re*.¹³³⁴ Etenkin tuottamuksen osalta myös lainsäädäntö ja esityöt poikkeavat Cavallinin mukaan rikoslainopissa vallalla olevasta Jareborgin kahden culpan mallista¹³³⁵. Tilanne on aivan sama, mistä on tässäkin teoksessa

¹³³¹ Cavallin 1999 s. 192.

¹³³² Cavallin 1999 s. 144.

¹³³³ Cavallin 1999 s. 591–598 ja 764. Cavallin yhdistää ”porrasopin” ennen kaikkea jo moneen kertaan mainittuun Karl Engischin teokseen *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (1930). Modernin saksalaisen opin osalta Cavallin henkilöi tuottamuksen objektiivisen ja subjektiivisen puolen erottamisen Claus Roxiniin, joskin toteaa jaottelun olleen tärkeä myös finalismille (s. 454–476 ja 503). Ruotsin osalta dualismi on Cavallinin mukaan ollut nähtävissä jo 1960-luvun *Brottsbalkskommentar*-teoksissa, mutta ensimmäiseksi varsinaiseksi ”porrasopin” edustajaksi Cavallin nostaa Gillis Ereniuksen (s. 503 ja 505–506). Nils Jareborgin Cavallin toteaa tekevän niin kansallisesti kuin kansainvälisestikin tarkimman eron ”objektiivisen” (*gärningsculpa*) ja ”subjektiivisen” tuottamuksen (*personlig culpa*) välille (s. 517). Ja juuri Jareborgin opin pohjalta Cavallin kehittää omaa näkemystään kiistäen kuitenkin siis kyseisen kahtiajaon (s. 536–565).

¹³³⁴ Cavallin 1999 s. 354 ja 735–755. Cavallin käyttää tahallisuuden osalta moninaista terminologiaa; *gärningssuppsåt*, *dolus ex re* sekä *dolus von Seth*. HD:n tuottamuskäytännön osalta ks. s. 578–591. Cavallinin oikeustapausanalyysien osalta on syytä huomata niiden rajoittuvan vain vakaviin väkivaltarikoksiin, minkä johdosta yleisien johtopäätösten tekeminen on vaikeaa (s. 22–23). Tätä painottaa myös Matikkala 2001 s. 270.

¹³³⁵ Cavallin 1999 s. 591–598.

puhuttu jo moneen kertaan: *objektive Zurechnung*, *gärningsculpa* tai *teon huolimattomuus* -oppi ovat lyöneet läpi lähinnä tutkijakammioissa.

Cavallin peräänkuuluttaa paitsi dualistisesta ajatusmallista luopumista myös prosessuaalisen ja aineellisen oikeuden rajanvedon lieventämistä¹³³⁶. Tämä on lopulta melko luonnollinen seuraus ajatuksesta lähestyä tahallisuutta ja tuottamusta ulkoisesti havainnoitavissa teoissa manifestoituvina ilmiöinä. Olennaista on ulkoisten tekojen ja niiden tekemättä jättämisten ymmärtäminen – niiden *merkityksellisyys*, joka edellyttää kulloisenkin käytöksen tulkittamista kontekstissaan ja sen taustalla olevan tarkoituksen valossa. Nimenomaan tuottamuksen kautta ymmärretyen syyllisyyden osalta myös ratkaisutilanteet ovat lopulta kontekstuaalisia ja yksittäistapauksellisia. Tuomari joutuu lopulta aina *luomaan* huolellisen toiminnan mittapuun kussakin yksittäistapauksessa erikseen.¹³³⁷

Cavallinin teorian yhtäläisyydet edellä mainittuun korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöön ovat hämmästyttäviä – etenkin, jos vertaa teoriaa vaikkapa akateemisen maailman mainstream-oppiin teon ja tekijän huolimattomuuden erottamisesta, joka siis jo aiemmin mainituin tavoin ainakin Nuutilan muotoileman teon huolimattomuus -opin osalta loistaa nimenomaisista tuomioiden perusteista poissaolollaan. (Joskin sinällään oppi on toki niin epämääräinen, että tarpeeksi kovasti halutessaan sen voi nähdä melkein missä vain...) Korkein oikeus näyttäisi ymmärtävän esimerkiksi tahallisuusarvioinnin nimenomaan kontekstuaalisena tekotilanteisiin ja vaikkapa -välineisiin sidottuna arviointina, jossa näytöllisen ja aineellisoikeudellisen erottaminen alkaa ainakin perinteisin rikosoikeudellisin opein olla vaikeaa.

Tällaiset ajatukset eivät ole mitenkään ennenkuulumattomia myöskään tuoreessa kotimaisessa doktriinissa, joka siis jo paraikaa tekee luopumusta teon huolimattomuus -opista. Jussi Tapani on yritysoylikkissesss teoksesssään *Yrittänyttä ei laiteta?* (2010) pyrkinyt rakentamaan yritysoylikkissesss koskevan kokonaisesityksen Duffin intentionaalisen teko-opin, ruotsalaisen doktriinin ja ennen kaikkea kotimaisen oikeuskäytännön pohjalta.¹³³⁸ Duffin ajatusten mukaisesti Tapani painottaa, ettei rikosoikeudellissia tahallisuusarvioita useinkaan pystytä sitomaan esimerkiksi todennäköisyysss tahallisuuden edellyttämiin seurausten todennäköisyyksiin, vaan että arvioinnisss luisutaan pakostakin *ennakoitavuuskriteeriin*; ennakoitavaa on sellainen teolle *tyypillinen* vahinkoseuraus, jonka tekijä on voinut ja hänen on pitänyt teon hetkellä joko oman tietonsa tai yleisen elämäkokemuksen perusteella ennakoida ja ottaa lukuun. Lisäksi Tapani toteaa, ettei tekojen motiivien ja tarkoitusten selvittäminen ja tätä kautta teoille mielekkäiden selitysten antaminen ole sen helpompaa tai vaikeampaa kuin erilaiset todennäköisyysssarvioinnit. Tapanin mukaan subjektiivinen ja objektiivinen sekoittuvatkin rikosoikeudellisesss tahallisuudesss

¹³³⁶ Cavallin 1999 s. 353. Cavallin yhdistääkin dualistisen ajatusmallin läpimurron Ruotsisss samaan ajanjaksoon, jona aineellinen ja muodollinen rikosoikeus erosivat toisistaan (s. 191–192).

¹³³⁷ Cavallin 1999 s. 600–602. ”Skuld och culpa bevisas – manifesteras, visas – i gärningen och dess kontext tolkad efter dess mening.”

¹³³⁸ Tapani 2010 s. 27 toteaa tärkeimmiksi keskustelukumppaneikseen Duffin teoksen *Criminal Attempts* (1996) sekä Suzanne Wennbergin teoksen *Försök till brott* (1985). Tapani kertoo myös perehtyneensä suhteellisen kattavasti ruotsalaiseen oikeuskäytäntöön. Teosta vahvasti ohjaavaksi teoreettis-metodologiseksi näkemykseksi Tapani kertoo ajatuksen siitä, että yleisten oppien asiallinen sisältö määrittäyty tuomioistuinten ratkaisukäytännösss (s. 26–27).

väistämättä, koska tahallisuuden täyttymistä arvioidaan ulkoisesti todennettavissa olevien seikkojen perusteella.¹³³⁹

Tapanin teos on paraatiesimerkki siitä, kuinka rikoslainoppia voi tehdä valikoiden (tietäen tai tietämättään) keskustelukumppaninsa mitä erikoisemmin tavoin. Tapani ilmoittaa rakentavansa yritysoppiaan nimenomaisesti niin Duffin kuin ruotsalaisenkin rikosoikeuden pohjalle. Tästä huolimatta hän viis veisaa Cavallinin perustavanlaatuisesta monografiasta, jota voinee pitää duffilaisimpana ruotsalaisena rikoslainoppina, joka olisi ollut Tapanin saatavilla. Tapani ei ryhdy teoksessaan minkäänlaiseen keskusteluun Cavallinin kanssa, mutta katsoo jostain syystä asiakseen kuitenkin viitata tähän laskujeni mukaan tasan kahdessa alaviitteessä. Kyseisten mitättömien mainintojen kautta Tapani onnistuu lähinnä viestittämään tietämättömyytensä (tai vaihtoehtoisesti täydellisen piittaamattomuutensa) Cavallinin ajattelun sisällöstä¹³⁴⁰. Sen sijaan Tapanin esitys on kylläkin pullollaan ruotsalaiseksi mainstream-lainopiksi luonnehdittavissa olevia Jareborg-, Asp- ja Ulväng-viittauksia.

Asiaan ei ymmärrä (tai halua) puuttua myöskään Tapanin teosta arvioinut Matti Tolvanen, joka sen sijaan toteaa Tapanin käyttävän kirjallisuuslähteitä ”asemansa vakiinnuttaneen tutkijan tavoin, ei omaa oppineisuuttaan osoittaakseen, vaan ainoastaan siinä määrin kuin on tulkintakannanoton perustelemiseksi tarpeen”. Tolvasen arvion mukaan keskeinen kotimainen ja pohjoismainen kirjallisuus on kuitenkin Tapanin teoksessa mukana.¹³⁴¹ Rohkenen esittää, että Cavallinin väitöskirjan sivuuttamalla niin Tapani kuin Tolvanenkin onnistuvat toimimaan juuri kuten *asemansa vakiinnuttaneilla lainoppineilla* maassamme on tapana: valikoida keskustelukumppaneitaan (ainakin ulospäin lukijalle) täysin mielivaltaiselta näyttävällä tavalla tässä kaikessa järin suurta oppineisuutta osoittamatta¹³⁴².

Tapani ja Tolvanen eivät varmastikaan ole ainoita pohjoismaisiakaan rikoslainoppineita, joilta Cavallinin väitöskirja näyttää jääneen lukematta. Cavallinin teos edustaa ilman muuta vallitsevan doktriinin ulkopuolista ääntä. Teoksesta kommentin kirjoittanut Jussi Matikkala toteaaakin, ettei teoksen kommentointi ole helppoa – eikä Matikkala juuri muuta teekään kuin sitä referoi. Cavallinin teos herättää Matikkalassa kuitenkin äärimmäisen tärkeän kysymyksen: mitä oikeastaan on

¹³³⁹ Tapani 2010 s. 142–143, 152 ja 160–161. Teos sisältää huomattavan pitkän ja peruskurssimaisen tahallisuutta käsittelevän jakson (s. 138–212), jossa irtaudutaan monin paikoin varsin etäälle yritysopista (, minkä Tapani myöntää itseen (s. 212)). Ks. myös Nieminen–Kallio–Tolvanen 2020 s. 163–167, jossa käsitellään tahallisuusarvioinnin kannalta vaikeaa abstraktia vaarantamista ja todetaan lopuksi tarkastelun kohteena oleva RL 20:5a:n mukainen seksuaalinen ahdistelu monimutkaiseksi säännökseksi ja sen arviointi ylipäänsä *kokonaisarvoteluksi*, jossa tunnusmerkistön eri osia ei oikeuskäytännössäkään usein eroteta toisistaan. Ks. myös Melander 2016 s. 99–100, jossa subjektiivisen ja objektiivisen erottelua todetaan pidettävän ”lähinnä keinotekoisena ja käytännölle vieraana” laajemminkin tunnusmerkistötekijöiden ja rikoksen rakenneopinkin kannalta.

¹³⁴⁰ Sivulla 163 (alav. 401) on ”nice to know” -tyyppinen viittaus Cavallinin monografiaan osoituksena siitä, kuinka ruotsalaisessakin oikeuskäytännössä on katsottu tekijän täytyneen ymmärtää puukoniskun aiheuttavan varsin todennäköisesti uhrin kuoleman, kun on lyöty tietyllä voimakkuudella ja tietyllä teräaseella helposti vooittuvien sisäelinten alueelle. Sivulla 192 (alav. 480) sen sijaan viitataan yleisesti koko Cavallinin monografiaan käsiteltäessä sitä, kuinka oikeusprosessin myötä saattaa usein muodostua käsitys siitä, että tekijä on ollut kiistatta tietoinen siitä, mitä on ollut tekemässä. Asia voidaan Tapanin mukaan ilmaista sanomalla, että teon ulkonaiset piirteet eivät jätä tekijän tarkoituseriä epäselviksi – ”tahallisuus luetaan ikään kuin ulos teosta”. Koko Cavallinin monografiaa täsmällisemmin viittauksen olisi voinut kohdistaa vaikkapa sivuille 100–105 (Cavallin 1999), jossa Cavallin pohtii Duffin ajatusta siitä, kuinka tekojen merkitys ja tarkoitus ovat luettavissa teoista itsestään ilman, että olisi syytä jakaa tarkastelua esim. ensin suoritettavaan ”ulkoiseen” ja tätä seuraavaan ”sisäiseen”. Tai vaikka sivuille 204–215, jossa Cavallin käsittelee ns. *dolus ex re* -instituutiota tai ”tekotahallisuutta” (gärningsuppsåt). Tai sitten olisi voinut viitata sivulle 371, jossa Cavallin toteaa kyseisen instituution olevan lähellä *res ipsa loquitur* -sanontaa, jonka esim. John Salmond yhdistää nimenomaan yritysoppiin: ”teko puhuu puolestaan”.

¹³⁴¹ Tolvanen 2010 s. 914.

¹³⁴² Eivätkä tämänkaltaiset kummallisuudet ole poissa Cavallininkaan tutkimuksesta. Itselleni ei esim. kerta kaikkiaan selviä, miksei hän keskustele (ei edes viittaa) lainkaan Gillis Ereniuksen tuottamustutkimuksen jälkimmäiseen osaan eli teokseen *Criminal Negligence and Individuality* (1976), jonka luulisi persoonallista syyllisyyttä painottavalle Cavallinille olleen hyvinkin tärkeä!

Cavallinin peräänkuuluttama ei-dualismi? ¹³⁴³ Uskaltaisın väittää, ettei Cavallin lopulta tee työssään mitään valtavaa mullistavaa – ei ainakaan mitään, mikä ei olisi ollut tiedossa rikosprosessioikeudessa jo pitkään.

Tahallisuuden (ja ylipäänsä tekijän mielentilojen, suhtautumisen tms.) näyttövaikeuksista on keskusteltu ymmärrettävästi kauan ¹³⁴⁴. Lopulta on tavallaan se ja sama haluaako ihmisen ja tämän teot nähdä dualistisesti vai jonkinlaisena vaikeammin toisistaan erotettavana kokonaisuutena. Jos rikosvastuulta edellytetään tahtomista tai tietämistä, on tämä näytettävä toteen. Ja *näytöksi* käyvät lopulta vain erinäiset tavalla tai toisella havaittavissa olevat – ja siis ”ulkomaailman” seikat. Dualismi tai ei-dualismi näkyy lähinnä siinä, haluaako näytön osalta puhua siitä, että ”ulkoisen” perusteella presumoidaan ”sisäisiä” mielentiloja, vai että ulkoinen kuvaa tai manifestoi jotenkin suuremmin sisäistä.

2.3 Käytäntöä ajatellen rakennettuja oikeusteoreettisia malleja

Oikeusteorian (tai teoreettisemman lainopin, jopa oikeusfilosofian) osalta voidaan palata vielä lyhyesti etenkin Renton ja Koskeniemen teorioihin. Tältä osin ei ole edellisten tapaan kyse *oikeuskäytäntö* edellä rakennetuista teorioista, vaan *käytännöllinen järjely* (practical reasoning) edellä rakennetuista teorioista – erotuksena siis *teoreettiseen* järjelyyn. Kyse on käytännön elämän ratkaisutilanteiden painotuksesta, mikä lopulta johtaa pitkälti samaan, mihin tietysti myös ratkaisuja käytännön elämän tilanteissa muun ohella oikeuskäytännön puitteissa painotettaessa ajaututaan: *kontekstisidonnaisuuteen*. Kyse on argumentoinnista juuri tietyn kulloinkin käsilläolevan yksittäistapauksen ratkaisemiseksi siten, että erilaisten argumenttien painoarvo ja relevanssi sekä keskinäinen suhde riippuvat kulloisistakin olosuhteista, kontekstistaan.

Rentto asettaa *käytännölliselle järjestykselle* (practically reasonable) kolme toisiinsa liittyvää kriteeriä. *Ensinnäkin* se edellyttää kulloinkin relevanttien seikkojen erittelykykyä – siis kykyä tunnistaa kulloinkin olennainen informaatio järjelijää ympäröivästä maailmasta. *Toiseksi* se edellyttää diskursiivista järjestyttä; kykyä suorittaa erilaisia ratkaisuperusteita koskevia punnintoja, arvioita ja ”diskursseja” – keskustella asiasta. *Kolmanneksi* tarvitaan vielä jonkinlainen järjestyksen sisällöllinen, materiaallinen, mitta – kyky tunnistaa, milloin tietyssä ratkaisutilanteessa on saavutettu järjestyys – ja siis edes jonkinlainen tieto siitä, mitä on järjestyys. ¹³⁴⁵

Vasta näiden varassa on mahdollista saavuttaa käytännöllisen järjelyn päämäärä: *perusteiden muuttaminen perustelluksi ratkaisuksi* – ”to consider reasons in order to reach a reasonable decision”, ”the transformation of reasons into decisions by practical reasoning” ¹³⁴⁶. Kaikki alkaa tavallaan erilaisten kulloiseenkin ratkaisutilanteeseen liittyvien perusteiden tunnistamisesta siitä valtavasta määrästä

¹³⁴³ Matikkala 2001.

¹³⁴⁴ Ks. esim. Klami–Sorvettula–Hatakka 1990, Träskman 1985 tai vaikka Henkel 1961, joka luonnehtii syytetyn objektiiviseen tunnusmerkistöön kohdistuvan tietämisen/tahtomisen näyttämistä ”todistusoikeudelliseksi Akilleen kantapääksi” kaikissa oikeusjärjestelmissä (s. 578).

¹³⁴⁵ Rentto 1988 s. 148, ks. myös s. 273–274.

¹³⁴⁶ Rentto 1988 s. 176 ja 179. Ks. myös s. 269 kuvaaja käytännöllisen järjelyn yleisestä rakenteesta – eräänlaisesta prosessikaaviosta. Ks. myös Rentto 1992a s. 184, jossa sama esitetään sanallisesti: ”We have described the process of practical reasoning roughly as follows: We become aware of a thing. We intend it as an end under the universal aspect of good. We deliberate and form a judgment as regards the most proportionate means to it. We choose the means we will use. We act. This chain of reasoning takes place between the two extremes of universal and particular, seeking a way to harmonize one’s reason and will with a means by which the particular end would be most adequately proportioned to the universal good.”

informaatiota, jota todellisuus pitää sisällään – kaikki alkaa *kontekstuaalisuudesta*¹³⁴⁷. Ja todellisuuden, mukaan lukien ihmiselämän, alati vaihtelevat ja mitä moninaisimmat ja monimutkaisimmat olosuhteet eli kontekstit tekevät käytännöllisestä järjestyksestä lopulta aina enemmän tai vähemmän aporetista – epävarmaa. ”Practical reasoning is aporetic as there is no paved way out of practical problems: each time one is confronted with a practical choice, one must oneself clear a virgin path through the thicket of the circumstances.”¹³⁴⁸

Samantapaisesti myös Koskenniemi toteaa oikeudellisen rationaalisuuden lopulta aina *käytännölliseksi* rationaalisuudeksi, jossa siis olennaista on jonkinlaisen loogisen tai ”automaattisen” päättelyn sijaan enemmän tai vähemmän vakuuttavien argumenttien ketju –, ja mistä johtuen oikeus jää aina ja auttamatta *kontekstisidonnaiseksi*¹³⁴⁹. Vaikka Koskenniemi rajoittuu väitöskirjassaan kansainväliseen oikeuteen kohdistamansa kriittisen projektin osalta lähinnä kansainvälisen oikeuden piirissä suoritettua keskustelua ”kieliopillisen” rakenteen paljastamiseen, hahmottelee hän kuitenkin teoksen lopussa myös jonkinlaisia alustavia suuntaviivoja sille, miten vastata oikeuden loppuviimeksi asettamaan kysymykseen: *mitä tehdä tässä ja nyt* – ”what to do, here and now”? Tällaiseen vastaaminen edellyttää Koskenniemen mukaan paitsi yhteisöllistä, eri toimijoiden välistä tasavertaista keskustelua myös itse kunkin eettistä vastuunkantoa, josta Koskenniemi käyttää nimitystä ”*authentic commitment*”. Tällaisesta ”vilpittömästä sitoutumisesta” Koskenniemi toivoo juristikunnan identiteettiä ja integriteettiä. Tätä kautta oikeuteen kuuluva yhteisöllinen elämä siihen niin ikään kuuluvista alituisista konflikteista ja erimielisyyksistä huolimatta tulee mahdolliseksi.¹³⁵⁰

Lopulta Koskenniemi perustaa siis pyrkimyksensä kansainvälisen oikeuden identiteetin uudelleenmuotoilemisesta kansainvälistä oikeutta harrastavan juristin identiteetin uudelleenmuotoiluun. Tällainen on mahdollista vain juristin (siis itse kunkin) ymmärtäessä sen epävarmuuden ja valintojen tekemisen välttämättömyyden, joka oikeuteen sisältyy. Oikeutta koskevat valinnat merkitsevät käytännön järjelyä (practical reasoning), jossa luodaan *kontekstuaalista* oikeudenmukaisuutta (contextual justice) – siis tehdään jotain nimenomaan: *tässä ja nyt*, tietyssä tilanteessa, tietyissä olosuhteissa, tietyssä kontekstissa. Tätä kaikkea koskevat käytännön, doktriinin ja teorian väliset kuulut voi ylittää vain ottamalla itse osaa tähän toimintaan. Niin kauan kuin juristi ei tätä ymmärrä on hän Koskenniemen mukaan alituudessa vaarassa ajautua yhtäältä yhteisönsä tahdottomaksi osaksi toistelevaan totunaisuuksi (siis *apologeetikoksi*) tai toisaalta yhteisöstään täysin riippumattomaksi omia fantasioitaan luovaksi yksityisajattelijaksi (siis *utopistiksi*).¹³⁵¹

Uskoakseni niin Renton kuin Koskenniemenkään oikeudellisen päätöksenteon kohdalla painottamasta kontekstuaalisuudesta ei ole kovin pitkä matka sellaisiin punnintatyyppeihin kokonaisarviointeihin, joita edellä niin korkeimman oikeuden

¹³⁴⁷ Rentto 1988 s. 148–150, jossa Rentto liittää kontekstuaalisuuden juuri käytännöllisen järjestyksensä ensimmäiseen kriteeriin. Ks. vielä s. 361–402, jossa Rentto käsittelee nimenomaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan kontekstia mieltäen teoriansa oikeuspositivismin haastajaksi juurikin lähestymistapansa kontekstuaalisuudessa; minkäänlaiset valmiit oikeuslähdeopit (oikeuslähteiden kategoriat tai käyttösäännöt) eivät itsessään sanele oikeudellista ratkaisua, vaan oikeudellisen ratkaisun tekijä joutuu lopulta päättämään, mitä oikeuslähteitä mitenkään hyödyntää, ja mitä jättää hyödyntämättä. Ja tämä tapahtuu kulloisenkin yksittäistapauksen tosiasialliset seikat huomioiden. ”(I)t is in the light of the context that the law is interpreted and in the light of the law that one arrives at an understanding of the context” (s. 370). Samoin Rentto 1992a s. 218–219.

¹³⁴⁸ Rentto 1992a s. 124.

¹³⁴⁹ Koskenniemi 1989/2005 s. 36.

¹³⁵⁰ Koskenniemi 1989/2005 s. 540–547 ja 555.

¹³⁵¹ Koskenniemi 1989/2005 s. 547–557.

tuoreesta oikeuskäytännöstä kuin tietyistä lainopillisistakin kannatoista tunnistin. Abstraktis-teoreettisten yleisten ja yleispätevien mallien sijaan painopiste tuntuisi olevan siirtymässä yksittäistapausten ratkaisemiseen pistemäis-kontekstuaalisesti siten, että juuri tietyn tapauksen kautta käsilläolevat olosuhteet pyritään tavoittamaan kokonaisharkinnalla, jota ymmärrettävästi on vaikea ainakaan kovinkaan tarkasti etukäteen (ja siis yleisellä tasolla) kuvata.

Juuri etukäteisen ennakoitavuuden ja yleistettävyyden kannalta edellä maalailamani kehityskulku näyttäytynee vaarallisena mielivaltana. Ongelmana on se, ettei ihmiselämää koskevassa inhimillisessä päätöksenteossa – oikeudellinen sellainen mukaan lukien – ole uskoakseni yksinkertaisesti mahdollista päästä tällaisesta vaarasta eroon. Tämä ei tietysti tarkoita, etteikö jonkinlaista perusteetonta tai vaikka ”irrationaalista” mielivaltaa tulisi pyrkiä suitsimaan. Luullakseni erinäisiin mielivallan rajoittamisyriityksiin sisältyy kuitenkin puolestaan riski siitä, että mielivaltaisuuden uskotaan helposti erinäisten sitä vähentämään tähtäävien mallien valossa jotenkin katoavan. Kyse lienee lopulta erilaisista näkökulmista ja painotuksista siihen, mitä oikeudellinen päätöksenteko lopulta yhtäältä *tosiasiallisesti on* ja mitä sen toisaalta *tulisi ideaalisesti olla*. Erinäisiin valmiisiin toimintamalleihin, säännöksiin, teorioihin tai vaikka ”marssijärjestyksiin” uskova ajattelija painottanee sitä, kuinka päätöksenteosta pitää tehdä suoraviivaista, ennustettavaa ja helppoa – mitä muuta tiede oikein edes voisi tehdä?! Erinäisiä valmiita ja etukäteisesti saneltuja polkuja vierastava ajattelija painottanee puolestaan sitä, kuinka päätöksenteko ei koskaan voi olla suoraviivaista, ennustettavaa ja helppoa, ja kuinka tämän kanssa olisi parempi oppia elämään ilman, että asiaa yrittäisi keinotekoisesti muuksi muuttaa. Jos asia nyt vain on monimutkainen ja vaikea, on tämä totuus myönnettävä – mitä muuta tiede oikein edes voi tehdä?!

Yritän seuraavaksi kertoa, miten rikosoikeudellinen huolimattomuus olisi mielestäni ymmärrettävä. Jo kaiken edellä esitetyn monimutkaisen ja sekavankin esitykseni valossa pitäisi olla selvää, että kyse on omasta näkökulmastani, jonka siis toivon kuitenkin niin ikään kaiken edellä esitetyn valossa edes jollain tapaa perustelluksi. Yritän myös tehdä kunniaa erilaisille näkökulmille pohtimalla hieman, miten tarjoamaani ”vastausta” voi lähestyä – mitä se itse kullekin voisi merkitä.

3. VASTAUKSIA? – VIHDOINKIN?

Vastaukseni on *vapaa oikeudellinen*¹³⁵². Ajatukseni on, etten kykene toteamaan yhtäkään tässä työssä esitellyistä tuottamusteorioista yleisellä tasolla jotenkin perustavanlaatuisesti vääräksi, tai edes hyödyttömäksi. Päinvastoin niistä jokainen on omien premissiensä valossa lähtökohtaisesti ihan laadukas ja kykenee tarjoamaan vähintäänkin hyödyllistä argumentaatiomateriaalia ainakin joihinkin kuviteltavissa oleviin tuottamusta koskeviin ongelmatilanteisiin. Tällaisessa tilanteessa olisi kestävämpää leimata yhtäkään niistä jollain tapaa tuottamusarvioinnin kannalta epäkelvoksi. Rikosoikeudellista huolimattomuutta on arvioitava RL 3:7:n valossa. Kyseinen säännös on niin ylimalkainen ja mitänsanomaton, että mikä tahansa tuntemistani tuottamusteorioista mahtuu niin haluttaessa ainakin osittain kyseiseen pykälään. Yleisen tason väite siitä, ettei esimerkiksi lainkäyttäjän tai käytännöllisiä tulkintakannanottoja esittävän lainoppineen tulisi jotain näistä teorioista hyödyntää, olisi tarpeeton.

RL 3:7:ää lukemalla voi huomata sen epämääräisen kokonaisvaltaisuuden, jota uskoakseni voi jäsentää ja myös kontrolloida oman maisemamallini avulla. Säännöksen mukaan:

Tekijän menettely on huolimattonta, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan (tuottamus).

Se, pidetäänkö huolimattomuutta törkeänä (törkeä tuottamus), ratkaistaan kokonaisarvostelun perusteella. Arvostelussa otetaan huomioon rikotun huolellisuusvelvollisuuden merkittävyys, vaarannettujen etujen tärkeys ja loukkauksen todennäköisyys, riskinoton tietoisuus sekä muut tekoon ja tekijään liittyvät olosuhteet.

Pikemmin tapaturmaan kuin tuottamukseen perustuvasta teosta ei rangaista.

RL 3 luvun 5–7 §:n muodostama kokonaisuus paaluttaa rikosoikeudellisen ”syyksiluettavuuden” *tahallisuuden, tuottamuksen* ja *tapaturman* käsitteiden varaan. Tässä tutkimuksessa mielenkiinnon kohteena olevan tuottamuksen osalta voidaan todeta yleisellä tasolla seuraavaa:

¹³⁵² En viittaa termillä esim. 1900-luvun alun saksalaiseen *Freirechtsschuleen*, vaan ajatukseen siitä, etteivät edellä käsittelemäni tuottamusta määrittelevät teoriat ja opilliset järjestelmät kykene ratkaisemaan sitä, mitä tuottamus on, eivätkä edes keskinäistä paremmuuttaan – enkä siihen kykene minäkään. Toisinaan niistä joku saattaa osoittautua käyttökelpoiseksi, toisinaan joku toinen. En halua sitoa niin tuottamuskysymyksiä ratkaisevaa lainkäyttäjää kuin tuottamusta pohtivaa tutkijaakaan yhteenkään käsittelemistäni malleista. Sen sijaan toivoisin, että oma maisemamallini voisi tarjota edes jonkinlaista apua tuottamuskysymysten pohdintaan. Jätän toisin sanottuna tuottamuksen pohdinnan hyvinkin *vapaaksi* – kuitenkin sille toki seuraavaksi muutaman peruslähtökohdan määrittäen. Kyse lienee samantapaisesta ”oikeuskäytännön täysivaltaisuudesta”, tai negatiivisemmin ”dogmatiikan rintamakarkuruudesta”, jota Frände katsoo niin Nuutilan kuin Nuotionkin lopulta julistavan: rikosoikeudellisten käsitteiden sisällön määrittely jätetään oikeuskäytännön vastuulle. Frände voi tällaisen kyllä ymmärtää, muttei hyväksyä. (LM 1998 s. 677) Itseänikin tällainen tavallaan kismittää, mutten muuta edellä esittämäni tutkimisen valossa voi tehdä. Tuottamus ei uskoakseni nyt vain ole yleisellä tasolla täsmällisemmin määriteltävissä! Mikäli vertailukohdaksi asetetaan ajatus siitä, kuinka tuottamusarviointi tulisi kyetä mallintamaan mahdollisimman seikkaperäiseksi, mieluiten analytyttiseksi ja yksiselitteiseksi, ”marssijärjestykseksi” en voi kuin yhtyä itävaltalaisien ekspressionistien mottoon: ”*Der Zeit ihre Kunst, der Kunst ihre Freiheit*” – nykyisen rikoslainopin kohtaamissa tuottamusarvioinneissa on välttämättä (enemmän tai vähemmän) mukana arvioijansa *luova panos*, joka on paljon parempi ymmärtää jättää tieteellisen abstrahoinnin ja teoretisoinnin osalta lopulta hyvin *vapaaksi* – tietysti siinä määrin, kuin mitä seuraavaksi esitän. (Tietoni itävaltalaisesta ekspressionismista perustuvat lähinnä Allan Janikin ja Stephen Toulminin kuvaukseen (Janik–Toulmin 1973 nimenomaisesti s. 93–95), joiden Karl Krausilla hoystetyistä ja siis aikansa moraaliseksi ja esteettiseksi rappioksi käsitetyn *Zeitegeistin* vastustamisesta löydän paljon tuttua. Aivan kuten näyttävät löytäneen myös Janik ja Toulminin (erit. s. 269–272).)

3.1 Huolellisuusvelvoitteen rikkominen ja sen noudattamisen kyky (1. momentti)

RL 3:7.1:n mukaisesti *tuottamus* on sidottu huolellisuusvelvoitteen loukkaamiseen sekä kykyyn sellaista noudattaa. Kyse on siitä, että tekijän käyttäytyminen a) *tosiasiassa* poikkeaa huolellisuusvelvoitteen mukaisesta käyttäytymisestä, ja että b) tekijän olisi *hypoteettisesti* voitu ajatella käyttäytyneen huolellisuusvelvoitteen mukaisella tavalla. Halutessaan ensimmäistä kohtaa voi nimittää *teon* ja jälkimmäistä *tekijän* huolimattomuudeksi. Tällainen sanavalinta ei tietystikään merkitse vielä vihkiytymistä mihinkään tiettyihin opillisiin kokonaisuuksiin. Pelkkä ”teon huolimattomuudesta” puhuminen merkitsee yhtä vähän sitoutumista vaikkapa Nuutilan *teon huolimattomuus -oppiin* kuin vaikkapa Jareborgin *gärningsculpaan* tai Cavallininkaan teorioihin.

Säännöksestä seuraa yksinkertaisesti se, että tuottamus on ajateltava ikään kuin kiertotietä negatiivisen *huolimattomuuden* käsitteen kautta. Huolimattomuus merkitsee huolellisuuden puutetta. Tuottamusperusteinen rikosvastuu ei perustu rikoslakiin, ellei tuottamuksen käsilläollessa kyetä osoittamaan, mikä on se huolellisuusvelvoite – se huolellisen toiminnan malli –, jota tekijän olisi pitänyt tilanteessa noudattaa. Alustava kysymys tuottamuksen toteamiseksi on siis se, *miten tekijän olisi kyseessä olleessa tilanteessa tullut toimia*.

Kysymystä voi halutessaan kutsua objektiiviseksi. Objektiivisen ja subjektiivisen rajat ovat kuitenkin oikeuden maailmassa mitä häilyvimmat. Huolellisuusvelvoitteen osalta joudutaan jo RL 3:7.1:n sanamuodon nojalla ottamaan kantaa siihen, mitkä *olosuhteet* on huomioitava huolellisuusvelvollisuutta määritettäessä. Ajateltavissa olevien relevanttien olosuhteiden kirjo on valtava. Useissa liikennerikosjutuissa esimerkiksi sääolosuhteet ja muu liikenne voivat merkitä tuottamuksen kannalta hyvinkin olennaisia olosuhteita. Jaettaessa vaikkapa oikeushenkilön piirissä vastuuta ympäristörikoksista saattaa oikeushenkilön organisatorinen päätöksentekorakenne muodostua keskeiseksi olosuhteeksi. Huolellisuusvelvoitteita ei lainkohdassa sidota vain olosuhteiden edellyttämään, vaan myös *tekijältä* (”häneltä”) *vaadittavaan*. Tämä sotkee viimeistään objektiivisen ja subjektiivisen. Vaaditaanko 34-vuotiaalta kauppatieteiden maisterilta samaa kuin 83-vuotiaalta teologian tohtorilta? Onko turhaa – tai jopa kiellettyä – nostaa esiin henkilöiden ikää tai koulutusta? Olisiko sen sijaan syytä kiinnittää huomiota siihen, että ensimmäinen on kuuro-mykkä ja jälkimmäinen harvinaisen ilkeä? Miten asiaan vaikuttaa se arvioidaanko heidän tuottamustaan raskasajoneuvoyhdistelmän kuljettamiseen liittyvässä risteyskolarissa tai sammuttamatta jätetyn kynttilän aiheuttamassa huoneistopalossa?

Edellä mainittuihin kysymyksiin on turha yrittää antaa yleispäteviä vastauksia. Kyse on *olosuhteiden edellyttämisestä* ja juuri *tekijältä vaaditusta*. Lisäksi on huomattava, että tuottamuksen sitominen huolellisuusvelvollisuuksiin johtaa toisinaan varsin epäluonteisiin arviointitilanteisiin. Moniin rikosvastuun kannalta relevantteihin tilanteisiin, ja siis jälleen kerran: *olosuhteisiin*, kun ei liity juuri minkäänlaisia huolellisuusnormeja tai huolellisen toiminnan malleja. Kysymys siitä, miten vaikkapa tapellaan huolellisesti tuntuu varsin epäluontevalta pohdittaessa, vaikkapa kuoleman- tai vammantuottamusta keskinäisen tappelun yhteydessä.

Kun tuottamusarvioinnissa on saavutettu käsitys siitä, mitä huolellisuusvelvollisuuden noudattaminen – *huolellisuus, ei-tuottamus* – olisi tietyissä olosuhteissa ja tietyltä tekijältä vaatinut, on vielä pohdittava sitä, olisiko tekijä kyennyt tätä noudattamaan.

Kysymystä voi halutessaan kutsua subjektiiviseksi tai vaikka tekijän huolimattomuudeksi – jälleen vihkiytymättä vielä tältä osin jonkinlaisen sanamagian vaikutuksesta vaikkapa Jareborgin *personlig culpa -oppiin* tai yhtään mihin muuhunkaan. Ja jälleen kerran subjektiivinen ja objektiivinen osoittautuvat vaikeasti erotettaviksi. Jos tekijä ymmärretään täysin ”subjektiivisesti” – *sellaisena kuin hän on* – käy hyvin vaikeaksi ajatella yhtäkään tilannetta, jossa rikosvastuu tulisi kyseeseen. Ainut varma tieto erinäisistä tapahtumainkuluista on se, mitä todella on tapahtunut. Ja siis tässä tapauksessa se, että edellä jo todettua huolellisuusvelvollisuutta on rikottu. Ajatus siitä, että tekijä olisi kyennyt huolellisuusvelvoitteen täyttämään – eli toimimaan toisin kuin todella toimi – edellyttää välttämättä jonkinlaista hypoteettisluontoista ajatuskoetta, jossa siis kuvitellaan jotain mitä tekijä ei tosiasiassa tehnyt. ”Subjektiivisen” sijaan voidaan puhua ”objektiivisesta”. Tai jostain muusta. Sanavalintoja tärkeämpää on se, ettei *tekijän kykenemiseen* sidottu hypoteettinen ajatuskulku ole mahdollinen ilman jotain nimenomaan tietyn tosiasiallisen tekijän ulkopuolista. ”*Enhän minä kyennyt toimimaan huolellisesti, kun en näin toiminut!*” ei käy argumentiksi tuottamusvastuuta vastaan. Muussa tapauksessa RL 3:7:n mukaisen tuottamusvastuun voisi haudata kuolleen kirjaimena.

Olen edellä kuvannut rikosvastuuseen liittyvää objektiivisen ja subjektiivisen välistä liukumaa, jota voidaan pitää yleisoikeudellisenä ilmiönä. Ida Koivisto ja Pauli Rautiainen ovat toisessa yhteydessä puhuneet kirjailija E. M. Forsterin henkilöhahmotyyppidikotomiaa mukaillen ”litteistä” ja ”pyöreistä” henkilöhahmoista. ”Litteä” merkitsee yhden ainoan ominaisuuden tai vaikkapa idean ympärille muodostettua staattista, karikatyyrimäistä, pelkistettyä ja persoonatonta hahmoa – eräänlaista keskivertoihmisen abstraktiota. ”Pyöreä” merkitsee sen sijaan moniulotteista ja lukuisia ominaisuuksia ilmentävää, kehittyvää ja persoonallista hahmoa. Rajanveto on tietysti mitä häilyvin ja suhteellisin. Lähtökohtaisesti abstraktien tunnusmerkistöjen varassa operoivat lait kuvaavat aina ”litteämpiä” hahmoja kuin mitä reaalityodellisuuden ihmiset ovat. Oikeuden maailman edellyttämän (ja näin väkivaltaisen, joskin usein hienovaraisen) kuvitteluprosessin kautta ihmisiä ”litistetään” aina siitä, mitä he todellisuudessa ovat.¹³⁵³ Tuottamusarviointia ”*sellaisena kuin tekijä on*” ei ole mitään syytä vaatia lainkäyttäjältä – ja vielä vähemmän lainsäätäjältä tuottamuksellisten rikosten tunnusmerkistöjen muotoilua jotenkin ”tekijäkohtaisesti”. Sen sijaan henkilöhahmot käsikirjoitetaan aina *jonkinlaista* vapautta nauttimaan kykeneviksi – tai rikosoikeuden taholla pikemminkin *jonkinlaista* vastuuta kantamaan kykeneviksi. Se, *minkälaisesta* vapaudesta tai vastuusta missäkin tilanteessa on kyse, on oikeuden yksi perustavanlaatuisimmista kysymyksistä. Eikä se ratkea jonkinlaisella yleispätevällä rajanvedolla.

Esimerkiksi rikosoikeudellisten tuottamusoppien piirissä on puhuttu kaksivaiheisesta ja yksilöllistävästä opista (*die Zweistufigkeitslehre, die individualisierende Lehre*). Ensimmäisen mukaan tunnusmerkistön mukaisuutta arvioidaan objektiivisten mittapuiden mukaan ja kysymys siitä, olisiko juuri konkreettinen tekijä voinut nämä mittapuut täyttää erotetaan syyllisyyskysymykseksi (– tältä osin puhutaan myös ”kaksinkertaisesta mittapuusta” – *der doppelten Maßstab*). Jälkimmäisen mukaan

¹³⁵³ Koivisto–Rautiainen 2018 erit. s. 465–466. Ks. myös Karhu 2019a s. 159, joka Koivistoon ja Rautiaiseen viitaten toteaa oikeustieteilijän voivan osaltaan pitää huolta siitä, että lainsoveltamistilanteissa voidaan antaa merkitystä myös tilanteen ja asianosaisten erityispiirteille, eikä ihmisiä siis ”litistetä” enempää kuin on tarve.

tekijän yksilölliset kyvyt on huomioitava jo tunnusmerkistön mukaisuuden kohdalla.¹³⁵⁴

Ari-Matti Nuutila peilaa kyseisiä oppeja yhtäältä tavanomaista kyvykkäämpiin ja toisaalta tavallista heikompilajaisiin toimijoihin. Aivan kuten Nuutila huomauttaa, eri oppien erot vesittyvät nopeasti. *Ryhtymistuottamus*-konstruktion avulla tavallista heikkolahjaisemmat toimijat voi halutessaan tuoda vastuun piiriin yksinkertaisesti toteamalla, ettei huolellisuusstandardien vastaiseen toimintaan olisi alun perinkään pitänyt ryhtyä – nimenomaan tavallista heikompien kykyjen johdosta. Myös tavanomaista kyvykkäämpien henkilöiden arviointi osoittautuu eri oppien puitteissa hyvin suhteelliseksi. Tavanomaista suuremman tai vähäisemmän kyvykkyyden toteaminen edellyttää *tavanomaisen* määrittelyä ja siis jonkinlaista viiteryhmää. Tiettyä henkilöä voidaan tarkastella esimerkiksi tavanomaista kyvykkäämpänä lääkärinä, tavanomaisen kyvykkäänä erikoislääkärinä tai tavanomaista kyvyttömämpänä kirurgina. Nuutila toteaaakin kyseessä olevan lopulta jonkinlainen kompromissi abstraktin, tekijäryhmästä riippumattoman, ja konkreettisen, yksilöllistä tekijää koskevan huolellisuusstandardin välillä. Sitä, *kuinka yleinen* huolellisuusvelvollisuuden lopulta tulisi olla ei ole kyetty täsmentämään.¹³⁵⁵ Nuutila itse päättyy lopulta pitämään parhaiten perusteltuna yleisen tason lähtökohtana suorittaa huolellisuusvelvoitteiden määrittely *heikkokykyisten osalta yleistävällä ja kyvykkäiden osalta yksilöllistävällä* tavalla – ”alaspäin” siis yleistetään ja ”ylöspäin” yksilöllistetään. Nuutila perustelee kantaansa toimintaan osallisten vastavuoroisesti perustelluilla odotuksilla, koska huolellisuusvelvollisuuksien avulla pyritään Nuutilan mukaan estämään muiden toimijoiden kannalta ennakoimattomia vaaroja. Lopulta Nuutila myöntää kuitenkin ”ylöspäin” yksilöllistämisesäkin olevan kyse jonkinlaisesta yleistämisestä, jonka kohdalla syntyy eräänlainen ”toleranssialue”. Nuutila ei ole valmis edellyttämään tavanomaista kyvykkäämmiltäkään yksilöiltä jatkuvia huippusuorituksia.¹³⁵⁶ Siirryttäessä huolellisuusvelvollisuuksista tekijän toisin toimimisen kykyyn ja tilaisuuteen Nuutila toteaa, että ratkaisut on tehtävä *konkreettisen tekijän toimintapotentiaalin näkökulmasta*. Jonkinlaisilla keskimääräistyyppiin palautuvilla näkökulmilla operointi häivyttäisi yksilön tältä osin täysin.¹³⁵⁷

Nykyisen RL 3:7.1:n valossa on selvää, että rikosoikeudellisen tuottamuksen käsite on sidoksissa yhtäältä huolellisuusvelvollisuuteen ja toisaalta tekijän kykyyn sitä noudattaa. Lisäksi lienee selvää, että näistä ensimmäisessä on kyse ”objektiivisemmasta” ja yleisluontoisemmasta, jälkimmäisessä ”subjektiivisemmasta” ja tekijäkohtaisemmasta arvioinnista. Yhtä selvää on se, ettei kumpikaan ole ymmärrettävissä jotenkin puhtaasti objektiiviseksi tai subjektiiviseksi. Kyse on häilyvistä rajanvedoista, joihin minulla ei ole tarjota tarkkoja yleispäteviä ohjeita. Enkä ole sellaisia onnistunut löytämään muidenkaan esityksistä.

Brynolf Honkasalo viittasi 17.2.1937 pitämässään virkaanastujaisesityksessään oikeudenjumalatar Justitiaan, joka aiemmin jakoi oikeutta tekoa ja rangaistusta side silmällä punniten. Sitten Justitia oli kuitenkin Honkasalon mukaan ryhtynyt ”kirkkain silmin” huomioimaan rikoksentekijän koko persoonallisuuden sen

¹³⁵⁴ Ks. esim. Burgstaller 1974 s. 16–18, Otto 1974 s. 706–707, Nuutila 1996 s. 540–543 ja Schönte/Schröder 2019 (Detlev Sternberg-Lieben ja Frank Peter Schuster) s. 288–289.

¹³⁵⁵ Nuutila 1996 s. 540–549.

¹³⁵⁶ Nuutila 1996 s. 552–554.

¹³⁵⁷ Nuutila 1996 s. 561–563, 567–568 ja 578.

menneisyyden ja motiivit mukaan lukien. Tällä Honkasalo viittasi nimenomaisesti tarkastelun ulottamiseen ulkoisen teon ohella myös syyllisyyden suuruuteen.¹³⁵⁸ Edellä esittämäni valossa on nähdäkseni selvää, ettei rikosvastuun arvioinnissa ole (tuottamuksenkaan osalta) kyse *side silmillä* tai *ei sidettä silmillä* -tyyppisistä tarkkarajaisista malleista. Sen sijaan joudutaan kysymään, mitä kaikkea Justitia milloinkin pitää relevanttina ja mitä ei. Epämääräinen oikeudenjumalatar-metafora osuu naulan kantaan kuitenkin siinä, ettei asia ole esitettävissä yleisellä tasolla yksiselitteisenä ja analyttisenä mallina. Sen sijaan joudutaan jättäytymään tapauskohtaisen punninnan varaan.

Claes Lernestedt on käyttänyt käsittepareja *syvä/pinnallinen* sekä *paksu/ohut* pyrkiessään kuvaamaan erilaisia rikosoikeuden ja rikosoikeudellisen ajattelun malleja¹³⁵⁹. Syvyyden ja pinnallisuuden välisessä jatkumossa on kyse siitä, mistä edellä on jo puhuttu; kuinka paljon informaatiota rikosvastuuta pohdittaessa huomioidaan ja hyödynnetään? Onko risteyskolariin liittyvän mahdollisen liikenneturvallisuuden vaarantamisen ja kuolemantuottamuksen osalta huomioitava ajoneuvojen sijainnit, sääolosuhteet, vuorokaudenaika, eri osapuolien ajokäyttäytyminen, vireystilat, iät, ajotutkinnot ja niiden suorittamisajankohdat, sukupuoli, ammatit, elämäntilanteet, vakaumukset, tulotasot ja niin edelleen ja niin edelleen? Mitä syvempää rikosoikeus on, sitä laajemmin erilaisia seikkoja otetaan huomioon. Mitä pinnallisempaa rikosoikeus on, sitä vähäisempi informaatiomäärä riittää vastuukysymyksen ratkaisemiseen. Syvyys ja pinnallisuus eivät tässä ole suoranaisten arvolutautuneita termejä. Jokainen ymmärtää olevan paitsi hyvä myös välttämätöntä, ettei rikosoikeudellista ajattelua yritetä kytkeä kaikkeen kuviteltavissa olevaan informaatioon. Yhtä lailla on selvää, että jonkinlaista informaatiota rikosvastuun langettaminen – tai edes ajatteleva – kuitenkin edellyttää.

Paksuus ja ohuus ovat edellistä vaikeammin avautuva käsitepari. Kyse on siitä, missä määrin rikosoikeus ilmentää ja välittää arvokäsityksiä. Paksu rikosoikeus sisältää vahvoja käsityksiä hyvästä ja pahasta. Paksu rikosoikeudellinen ajattelu ei epäröi soveltaa näitä käsityksiä arvioinnin kohteeksi ottamiinsa yksilöihin ja samalla siis (ainakin välillisesti) vaatia heiltä näiden noudattamista. Ohut rikosoikeus on sen sijaan neutraalimpaa ja tähtää arvokäsitysten osalta pienimpien yhteisten nimittäjien löytämiseen. Tavallaan ohut rikosoikeus jättää yksilöille mahdollisimman suuren liikkumatilan ja vapauden. Paksu rikosoikeus toimii sen sijaan selvemmin ohjausvälineenä ja keinona vaikuttaa ja jopa muuttaa ihmisiä – tai ainakin heidän ajatteluaan.

Lernestedt toteaa molempia käsittepareja koskevien valintojen taustalla olevan erilaisia perustavanlaatuisempia ideologis-poliittisia valintoja. Esimerkiksi rikosoikeuden saralla Suomessakin paljon puhuttu klassis-liberalistinen traditio näyttäisi puoltavan enemmänkin ohutta ja pinnallista kuin paksua ja syvää rikosoikeutta. Lernestedt huomauttaa, että kyseiset käsiteparit ovat mielenkiintoisella tavalla vuorovaikutussuhteessa toisiinsa. Jos rikosoikeudesta esimerkiksi haluttaisiin tehdä paksumpaa edellyttäisi tämä – ainakin Lernestedtin omaksuman ideologian valossa – samalla sen muokkaamista syvemmäksi. Mitä laajemmalle rikosoikeus

¹³⁵⁸ Honkasalo 1937 s. 49.

¹³⁵⁹ Lernestedt 2010 s. 23–24 alav. 17 sekä s. 257–258. Lernestedtin käyttämät monimerkityksiset käsiteparit ovat *djup/grund* sekä *tjock/tunn*.

halutaan ulottaa, sitä laajemmin rikosoikeudellisessa ajattelussa on kyettävä huomioimaan erilaisten rikosvastuun arviointitilanteiden kontekstisidonnaista informaatiota. Tällaisen kontekstisidonnaisen informaation Lernestedt liittää ennen kaikkea *yksilölliseen moitittavuuteen*, jonka hän katsoo klassis-liberalistisen rikosoikeuden toiseksi peruskiveksi *ennustettavuuden* rinnalla. Ennustettavuuden Lernestedt liittää ennen kaikkea rikosoikeudellisiin oikeuslähde- ja tulkintaoppeihin, yksilöllisen moitittavuuden sen sijaan *syyllisyyteen*. Yksilöllisen moitittavuuden ja syyllisyyden osalta Lernestedt puhuu ”todellisesta” moitittavuudesta, joka on sidoksissa yksilön rikolliseen tekoon tai tekemättä jättämiseen. ”Todellinen” moitittavuus edellyttää katseen suuntaamista menneeseen ja yksilöön. Tämä on tiettyssä ristiriidassa yleisprevention, käyttäytymisen ohjaamisen ja kasvatuksen kaltaisten eteenpäin suuntautuvien tavoitteiden kanssa, mutta myös yhtenevän kohtelun kanssa. ”Tosi” moitittavuus edellyttää kulloinkin käytettävien mittatikkujen sijoittamista riittävän lähelle mittaamisen kohteena olevaa yksilöä.¹³⁶⁰ Mitä yksilöllisempiä mittatikkuja rikosvastuuta arvioitaessa käytetään, sitä erilaisemmin eri yksilöitä myös kohdellaan. Olennaista on se, että yhtenevä tai eriävä kohtelu ei vielä tarkoita yhdenvertaista tai epäyhdenvertaista kohtelua. Se kohdellaanko eri henkilöitä samalla vai erilaisella tavalla on huomattavasti empiirisempi kysymys, kuin se, kohdellaanko näitä saman- vai *eriarvoisesti*, mikä puolestaan on selvästi arvostuksenvarainen kysymys.

Se, mitä tarkoittaa *yhdenvertaisuus* on yksi oikeuden perustavanlaatuisimpia ja samalla vaikeimpia kysymyksiä. Eikä Lernestedtillä tietystikään ole tähän minkäänlaista yleispätevää vastausta. Hänen esityksensä voitaneen sanoa edustavan varsin yksilökeskeistä ja vapausorientoitunutta ideologiaa.¹³⁶¹ Tätä mielenkiintoisempaa on kuitenkin tapa, jolla Lernestedt onnistuu kytkemään edellä mainitut rikosoikeudellisen ajattelun skaalat toisiinsa.

Jarkko Tontti huomauttaa *tasa-arvon* (equality) taantuneen 2000-luvun populaarissa diskurssissa sirpaleiseksi polymorfiseksi käsitteeksi, jota käytetään retorisena keinona liki minkä tahansa näkökannan puolustamiseen. Tässä rytäkässä se on lisäksi saanut vahvan emotionaalisen ja positiivisen konnotaation jonain itsessään hyvänä, jonka merkitystä saati oikeutusta liki kukaan ei uskalla kyseenalaistaa. Tontti huomauttaa tasa-arvon käsitteen käytön edellyttävän kuitenkin aina mittaa, joka puolestaan voi vaihdella historian ja kulttuurin puitteissa. Esimerkiksi mittana on mahdollista nähdä valkoinen keskiluokkainen länsimaalainen mies. Tasa-arvon luonnehtiminen samanlaisten tapausten tai ihmisten kohtelemiseksi samalla tavoin ja erilaisten eri tavoin jää lopulta pitkälti merkityksettömäksi. Jokainen tapaus on aina uniikki ja erilainen – muutenhan kyse ei olisi yksittäisestä tapauksesta, tai ihmisestä. Olennainen kysymys on se, millä perustein samanlaisuus tai eroavaisuudet ratkaistaan. Tähän ei ole Tonttinkaan mukaan mahdollista vahvistaa etukäteisiä ja universaaleja normeja tai ohjenuoria.¹³⁶²

¹³⁶⁰ Lernestedt 2010 s. 67–71, 259–261 ja 277–278.

¹³⁶¹ Lernestedt 2010 s. 23–24 tunnustautuu itse ”klassis-liberalistisen” ideologian ja maailmankuvan kannattajaksi. Tämän ohella Lernestedtin on nähdäkseni kuitenkin hyvä muistaa olevan rikosoikeudelliselta ajattelultaan myös kriittinen ja jopa pluralistinen. Esim. koko *Dit och tillbaka* -teoksen teoksen ajatuksena on klassis-liberalistisen rikosoikeusajattelun kyseenalaistavilta suuntauksilta (, joita edustavat teoksessa niin yhteiskuntaluokkiin, sukupuoliin kuin kulttuureihinkin perustuva strukturalismi) oppiminen ja näin rikosoikeudellisen ajattelun laajentaminen. Teos huipentuu sanoihin: ”Det är, när vi förhåller oss till varierande aspekter av verkligheten, svårt att inta en ‘view from nowhere’. Det bör dock inte vara omöjligt att åtminstone för straffrättens räkning tillskapa ett anståndigt ‘manywhere’, befolkat av dig, av mig, och av alla andra också.” (s. 301)

¹³⁶² Tontti 2002 s. 214–215, 217 ja 223.

3.2 Kokonaisarvostelu (2. ja 3. momentti)

RL 3:7.2 sitoo tuottamuksen törkeysarvostelun *kokonaisarviointiin*, jonka osalta arviointiperusteet sidotaan ”tekoon ja tekijään liittyviin olosuhteisiin”. Muunlaisia olosuhteita ei rikosoikeudellista syyksilukemiskysymystä ratkaistaessa taida olla kuviteltavissakaan – ottaen huomioon sen, että jo ”vaarannettujen etujen tärkeys” -peruste osoittaa, ettei tekoa ja tekijää tule tässä kohdin ymmärtää siinä määrin supeasti, etteivätkö myös rikokseen liittyvät oikeushyvät kuuluisi arvioinnin piiriin.

Käytännössä RL 3:7.2 edellyttää tuottamuksen törkeysarvioinnilta kaikkien 1. momentin mukaisten tuottamuksen perustavien seikkojen *all things considered* -tyyppistä huomiointia. Törkeä tuottamus ei eroa ”tavallisesta” tuottamuksesta minkään tietyn *laadullisen* kriteerin perusteella, vaan *määrällisin* perustein. Tältä osin myös 3. momentin sanamuoto on hyvin mielenkiintoinen. ”Pikemmin”-sana näyttäisi nimittäin korostavan sitä, ettei raja myöskään *tuottamuksen* ja *tapaturman* välillä ole mitenkään yksiselitteinen tai laadullinen, vaan samaan tapaan pikemminkin määrällinen. Erilaisissa tilanteissa voi olla kyse enemmän tai vähemmän tapaturmasta ja rajanveto tuottamukseen perustuu siihen, kummasta lopulta ”pikemmin” on kyse.

Mikäli niin törkeän kuin ”lievän” – ja siis tapaturmaan rajan tekevän – tuottamuksen hyväksytään perustuvan kokonaisarviointiin, voidaan todeta myös ”tavallinen” tuottamus riippuvaiseksi kokonaisarvioinnista. Tämä on kaikki edellä lausuttu huomioiden mitä luontevinta. Huolellisuusvelvollisuudesta poikkeamiseen ja kykyyn tätä velvollisuutta noudattaa liittyy jo edellä mainituin tavoin siinä määrin erilaisia aspekteja, että olisi oikeastaan mahdotonta edes ajatella, että *olosuhteiden edellyttämän huolellisuusvelvollisuuden* olemassaolon tai *tekijän* kyvyn sitä noudattaa voisi ajatella olevan vapaa jonkinlaisesta kokonaisarvioinnista. Vielä vaikeammaksi tällaisen ajattelemisen tulee muistettaessa, että esimerkiksi korkein oikeus näyttäisi sitovan nykyisin jo tahallisuusarvioinninkin kokonaisharkintaan!

Arvioinnin kokonaisvaltaisuutta kuvaa hyvin se, kuinka RL 3:7:n esitöissä hyväksytään huolellisuusvelvollisuuden perustaksi niin lainsäädäntö, viranomaisluvat ja -määräykset, epäviralliset tekniset normit kuin hyöty-haitta-punninnan ja ”normaalilla tavalla huolellisen henkilönkin” mallit. Tekijän osalta huolimattomuus voi perustua edellisen huolellisuusvelvollisuuden rikkomiseen niin tietoisesti kuin tiedostamattakin.¹³⁶³ Lisäksi niin sanotun *ryhtymistuottamus*-konstruktion avulla voidaan jälkikäteen aina todeta, ettei johonkin epätoivottavaan johtaneeseen käyttäytymiseen olisi alun perin pitänyt ryhtyä.

Kokonaisarvostelun osalta niin Ari-Matti Nuutilan ja Gunnar Duttgen esittämät punnintamallit kuin Tapio Lappi-Seppälän *rangaistusarvo* ja miksei Juha Karhunkin *kohtuuttomuusarvo* ovat kuvaavia ja käyttökelpoisia malleja kokonaisuuksien ymmärtämiseen¹³⁶⁴.

¹³⁶³ HE 44/2002 s. 95–96.

¹³⁶⁴ Nuutilan yhtäältä teon ja toisaalta tekijän huolimattomuuden varaan rakennetusta kompensatiomallista ks. Nuutila 1996 s. 599–603. Duttgen kahdeksan ”vaaraindikaattorin” sekä näille annettujen eri voimakkuuksien varaan rakennetusta mallista ks. Duttge 2001 434–437 ja erit. 438 kokoava taulukko, mutta myös s. 422 kuvaaja. Lappi-Seppälän ”rikoksen rangaistusarvokuutiosta” ks. Lappi-Seppälä 1987 s. 32 alav. 22 ja s. 513–514, jossa tämä visualisoi rangaistuksen mittaamisen kokonaisharkinnan kuution sisään sijoittuvien paitsi *erisuuuntaisten* myös *eritasoisten* periaatteiden painoarvojen projektioksi. Karhun kohtuuttomuusarvosta ks. Pöyhönen 1988 s. 311–322 ja erit. 313 pylväskaavio.

Tuottamuksen määrittelemisen osalta törmätään jatkuvasti samantyyppiseen ongelmaan; on todella vaikea sanoa siitä yleisellä tasolla oikein mitään, koska on täysin selvää, että tarkka määritteleminen on mahdollista vasta tietyssä konkreettisessa yksittäistapauksessa. Kyse on jo kyllästymiseen asti jankuttamastani *kontekstuaalisuudesta*. Tuottamuksesta on turha yrittää esittää kovinkaan konkreettisia yleisen tason kannanottoja, jotka kuitenkin osoittautuisivat *joskus näin joskus taas ei* -tyyppisiksi.

Kontekstuaalisuuden ohella haluttomuuteni edellä mainittuja täsmällisempiin kannanottoihin johtuu kuitenkin myös toisesta seikasta, joka liittyy perspektiiveihin ja pluralismiin. Kyse on yksinkertaisesti siitä, ettei rikosoikeuden – vastuuooppi ja tuottamus mukaan lukien – tule olla ”syvää” eikä ”pinnallista”, ei ”paksua” eikä ”ohutta”, vaan *sopivaa*. Se, mikä on ”syvää”, ”pinnallista”, ”paksua”, ”ohutta” tai ”sopivaa” määrittyy sen kautta, mitä joku muu on. Juuri tässä on uskoakseni esimerkiksi Koskenniemen väitöskirjan ydin. Kaikki oikeudelle – tai täsmällisemmin vaikkapa rikosoikeudelliselle tuottamukselle – annettavat merkityssisällöt ovat samanaikaisesti ”syviä”, ”pinnallisia”, ”paksuja”, ”ohuita”, ”pyöreitä”, ”kulmikkaita”, ”karvaisia”, ”karvattomia” jne. jne. riippuen siitä, millaisesta näkökulmasta niitä haluaa (tai osaa) tarkastella. Aivan samoin mikä tahansa rikosoikeudellista huolimattomuutta koskeva väite on ”perusteltu”, ”pielessä”, ”näkemyksellinen” tai vaikka ”älytön”. Tismalleen ”sopivia” väittämiä kykenee esittämään ainoastaan kukin itse – tai vaihtoehtoisesti sellaisia voi kuunnella lapsellisen onnellisuuden vallassa henkilö, joka ei omakohtaisesti ole tutkinut sitä radikaalin tulkinnanvaraista maailmaa, joka rikosoikeudellisen tuottamuksen taustalta aukenee.

Tämän kaiken voisi ajatella johtavan siihen samaan nihilismiin, josta pyristelin irti jo tutkimukseni ensimmäisessä jaksossa (, ja josta irti pyristelyn tarkkasilmäinen lukija on voinut todeta jatkuneen ja jatkuvan läpi koko tekstin). *Jos mikä tahansa voi olla mitä tahansa, onko millään mitään väliä?*

Olen edellä päätyntä välttämään nihilismin yksinkertaisesti *valitsemalla* (tai *asenoitumalla*) toisin ja teen niin jälleen. Huolimattomuutta koskevia rikosoikeudellisia ratkaisuja on tehtävä, vaikkei niiden osalta ole löydettävissä minkäänlaista yksiselitteistä totuutta – ja vaikka ne ovat aina ja ihan hyvin perustein kritisoitavissa. Kyseisten ratkaisujen tekemättä jättäminen ei ole varteen otettava vaihtoehto. Vaikken minä niitä tekisi, tekisi niitä kuitenkin joku muu. Vaikken minä julkaisisi tuottamuksesta tutkimusta, julkaisisi joku muu. Ja on jo julkaissut. Ja tässä tutkimuksessa omaksutun näkökulmani valossa usein vielä paljon paljon heikkolaatuisempia. Nihilismi jää siis jälleen pelkurin vastuuttomaksi valinnaksi. Erilaisten kontekstien ja perspektiivien tunnistaminen ja tunnustaminen jättää jäljelle kuitenkin perustavanlaatuisen varovaisuuden: esittäessäni tuottamusta koskevia kannanottoja minun on oltava varovainen ja ymmärrettävä niiden jäävän auttamatta enemmän tai vähemmän heikkolaatuisiksi ja kiistettävissä oleviksi.

Lopulta kaikki palautuu henkilökohtaiseen vastuuseen ja siis etiikkaan – aivan kuten niin Koskenniemen, Renton kun vaikkapa Lindroos-Hovinheimonkin teorioissa. Pohjattoman vaikeita ratkaisuja ja linjanvetoja tietoisesti suorittava ihmispari ei voi välttää vastuutaan tai kiistää etiikan ja omantunnon merkitystä. Sen sijaan helppoja ja yksiselitteisiä ratkaisuja loogis-rationaalisesti lähdeaineistostaan johtava sankari-juristi voi ilman muuta viis veisata omantunnon kaltaisista tyhjänpäiväisistä henkilökohtaisuuksista. Tässä tutkimuksessa omaksutun ja läpi työn konkretisoidun

käsityksen mukaan helppoja ja yksiselitteisiä kysymyksiä on rikosoikeuden saralla hyvin hyvin vähän.

Samalla on muistettava myös yhteiskunnallinen auktoriteetti. Yksittäistapaukselliset tuottamusratkaisut ovat lopulta hyväksyttävissä sen johdosta, että niiden tekijälle on yhteiskunnan taholta uskottu valta niiden tekemiseen. Ratkaisuja voi toki yleisellä tasolla (vaikkapa oikeustieteen taholta) kritisoida. Niistä voi osoittaa epäjohtonmukaisuuksia, virheellisiä painotuksia tai jopa suoranaisia laittomuuksia. Oikeustiede ei kuitenkaan voi ratkaista yhtäkään tapausta auktoriteettiasemaa nauttivan tuomarin puolesta. Sehän olisi yksinkertaisesti jo vallanjako-oppienkin vastaista.

Teen seuraavaksi sen, mitä kaiken edellisen perusteella katson voivani rikosoikeudellisen tuottamuksen osalta tehdä. Tarjoan yleisen tason mallin tuottamusta koskevien ratkaisujen tekoon, tai ehkä pikemminkin niiden kontrollointiin. Tämä malli on jo esittelemäni *rikosoikeuden maisema*.

Tuottamus on RL 3:7:ssä sidottu tekoon ja tekijään liittyviin olosuhteisiin¹³⁶⁵. Näin se muodostuu auttamatta kysymykseksi, joka kattaa koko rikoksen vastuu- tai rakenneopin. Tuottamukseen voivat vaikuttaa niin tekijän henkilöön (esim. ikä, syyntakeisuus), mieltämiseen (esim. tietoisuus riskistä) tai suhtautumiseen (esim. välinpitämättömyys) liittyvät seikat. Siihen voi vaikuttaa niin tekotapa kuin enemmän tai vähemmän suoranaisesti loukatut oikeushyvätkin. Siis lopulta kaikki, mitä olen maisemamalliini sisällyttänyt. Näiden olosuhteiden relevenssi ja painoarvo ratkeaa tapauskohtaisesti. Rikosvastuu on lopulta hermeneuttinen kokonaisuus.

Rikosvastuun täyttymistä voi lähestyä mitä erilaisimmista näkökulmista ja mitä erilaisimpien rikoslainopillisten mallien ja teorioiden – ”karttojen” – avulla. Joissain tapauksissa teon huolimattomuus -oppi voi tarjota arvokasta argumenttimateriaalia koskien teon ja oikeushyvän (enemmän tai vähemmän välillisen) loukkaamisen suhdetta. Joissain tapauksissa kyseistä suhdetta on luontevampaa lähestyä kausaalikysymyksenä tai vaikkapa kysymyksenä tekijän mahdollisuudesta ylipäänsä kontrolloida toimintaansa. Joissain tapauksissa rikosvastuun täyttymistä on luontevinta tarkastella tuottamuskysymyksenä, joissain puolestaan anteeksiannettavan pakkotilan tai vaikka sosiaaliadekvanssin kaltaisten vastuuvapausperusteiden muodossa.

Eräänlaisena ääriesimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa yritysorganisaation toiminnan puitteissa on turmeltunut ympäristöä. Rikosvastuu saattaa edellyttää pelkkien rikoslain säännöksiä osalta niin RL 48:1.1:n ja 3:7:n mukaista *tuottamuksen törkeysarvostelua*, 48:1.2:n mukaista *abstraktia vaaraa ympäristön pilaantumisesta*, 48:7:n mukaista eri *henkilöiden velvollisuuksien ja niiden vastaisuuksien arviointia*

¹³⁶⁵ RL 3:7 on ylipäänsä lopulta varsin ovela. Aivan kuten Nuotio 2003a s. 255 toteaa vaatii tuottamuksen määrittely lainsäädännöksessä lainsäätäjältä suurta mielikuvitusta tautologisen määritelmän välttämiseksi. Taustalla on tietysti se, että huolimattomuuden sisällöllinen määrittely nyt vain (ainakin yleisellä tasolla) on niin tavattoman vaikeaa. Nuotion arvion mukaan kotimainen lainsäätäjämme ratkaisu ei ole ”aivan huonosti onnistunut”. Itse asiassa Nuotio on säännökseen varsin tyytyväinen. Etenkin 2. momentin törkeysarvosteluun, jota Nuotio pitää huolimattomuuden yleistä määrittelyä vielä tärkeämpänä. Uudeksi törkeyden kriteeriksi Nuotio tosin ehdottaa ”*huolellisuusvelvollisuudesta tai huolellisesta toiminnasta poikkeamisen olennaisuuden*” eli siis sen, miten olennaisesti (= kuinka paljon) vaadittavasta huolellisuudesta on poikettu. Tämän kriteeri toki tulee (Nuotion itsensäkin mukaan) pääosin katetuksi jo muiden kriteerien välityksellä. Nuotio kuitenkin pitää juuri kyseistä olennaisuuden kriteeriä suorastaan tärkeimpänä seikkana huolimattomuuden törkeysharkinnassa. Huolellisuusvelvoitteen poikkeamisen määrän puuttumisesta tuottamuksen törkeysarvostelun kriteeristöä huomauttavat jo mm. Claus Roxin kommentoimissaan vuonna 1990 yleisten oppien työryhmän ehdotusta tuottamuksen legaali-määritelmäksi (Lappi-Seppälä 1992 s. 232) sekä Mikko Tulokas kommentoimissaan rikoslakiprojektin lopullista säännösehdotusta (Oikeusministeriö 2002 s. 35).

kuin vielä RL 48:2.2:n mukaista *törkeyden kokonaisarvosteluakin*. Mahdollisesti myös RL 3:3.2:n *erityisten oikeudellisten velvollisuuksien arviointia* – ainakin siis korkeimman oikeuden esimerkkiä seuraten jonkinlaisena vastuun jäsentämistä koskevana argumentatiivisena tukena. Näiden arviointi edellyttää puolestaan jonkinlaista rikosoikeudellisesti relevanttien aktiivisten tekojen ja laiminlyöntien erottelua yritysorganisaation puitteissa harjoitetusta toiminnasta sekä syy–seuraus- tai ainakin syy–vaarantamis-suhteiden pohtimista. Joka ikinen edellä mainituista edellyttää enemmän tai vähemmän päällekkäisten tekijään ja tekoon liittyvien näkökohtien huomiointia – etenkin, jos niistä jokainen mielletään jonkinlaiseksi ”kokonaisarviointia” edellyttäväksi seikaksi. Esimerkiksi toimintaa koskevan ympäristöluvan ehdot vaikuttavat niin eri henkilöiden RL 3:3.2:n, 3:7:n ja 48:7:n tarkoitamiin velvollisuuksiin, erilaisten toimintaan sisältyvien vaarojen ja riskien sallittavuuteen, aktiivisen tekemisen ja (lupaehtojen) laiminlyömisestä rajanvetoon kuin mahdollisen ympäristön turmelemisrikoksen törkeyteen kokonaisuudessaankin. Ja nyt ei ole vielä edes mainittu kaikki kuviteltavissa olevia tilanteeseen mahdollisesti soveltuvia vastuuvapausperusteita, jotka niin ikään sisältävät mitä moninaisimpia vaikkapa anteeksiannettavuuteen, puolustettavuuteen tai ymmärrettävyyteen liittyviä ja enemmän tai vähemmän laajojen kokonaisuuksien arviointia!

Jo rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen valossa on selvää, että kaikkien asiaa koskevien relevanttien tunnusmerkistötekijöiden ja rikoslainsäännösten on voitava katsoa täyttyvän, jotta rikosvastuu voisi tulla kyseeseen. Eikä vastaavasti yksikään vastuusta vapauttava peruste ei saa rikosvastuun aktualisoituessa olla käsillä. Yhtä selvää on mielestäni se, ettei tällaista enemmän tai vähemmän laajojen kokonaisarviointien summaa ole järkeä – eikä rajallisten resurssien maailmassa ylipäänsä mahdollistakaan – hallita sellaisena kohta kohdalta etenevänä loogisena ketjuna, jossa erinäiset kokonaisarviointit erotettaisiin jonkinlaiseksi tarkkarajaiseksi ja välttämättömäksi, saatikka etukäteen ja yleisellä tasolla jäsennettävissä olevaksi järjestykseksi. Sen sijaan rikosvastuun pohdinta edellyttää kulloisessakin yksittäistapauksellisessa kontekstissa suoritettavaa eri vastuuperusteet ja näkökohdat juuri kyseisen kontekstinsa pohjalta *hyvin* huomioivaa pohdintaa.

Joissain tilanteissa voi olla hyvä aloittaa mahdollisten rikosvastuun kannalta relevanttien tekojen ja laiminlyöntien erittelyllä, jota seuraa kausaali- ja vaarantamissuhteiden tarkastelu ja edelleen tältä pohjalta yrityksen organisaatorakenteen ja vaikkapa sisäisen vastuujonon läpikäyminen, missä yhteydessä voidaan käsitellä myös vaikkapa tietyn henkilön mahdollinen kieltoerehdys. Joissain tilanteissa voi olla hyvä aloittaa erinäisten ympäristössä ilmenneiden rikosvastuun kannalta relevanttien muutosten tai sellaisten vaarojen erittelyllä ja jäljittää tämän jälkeen niiden syitä erilaisiin tekoihin ja laiminlyönteihin sekä vastuuasemiin ja edelleen lupamääräyksiin niistä poikkeamisen pakottavuuteen yllättäen muuttuneissa olosuhteissa. Usein lienee niin, että RL 3:7:n tarkoittama huolimattomuus ja etenkin sen törkeyden arviointi (sekä ennen kaikkea tietysti moniin rikoslain erityisen osan kvalifioituihin tunnusmerkistöihin sisältyvä ns. kokonaistörkeyslausake) merkitsevät siinä määrin kokonaisvaltaista tarkastelua, että ne on vaikkapa oikeudellisen ratkaisun perusteluja laadittaessa syytä jättää

loppupäähän. Niiden pohjalla on yksinkertaisesti niin paljon muita rikosvastuuta koskevia kysymyksiä, että olisi hassua ratkaista ne ensin.¹³⁶⁶

Olennaista on se, että kulloinkin valitun tarkastelutavan ja näkökulman kautta päästäisiin mahdollisimman *luontevasti* käsiksi rikosvastuun kannalta relevantteihin kysymyksenasetteluihin. Siitä, mikä kulloinkin on luontevaa ja relevanttia – siis *hyvää* – on turha antaa pitkälle meneviä yleispäteviä ohjeita. Yleisellä tasolla voidaan kuitenkin todeta se, että rikosvastuun täyttyminen edellyttää aina vähintäänkin jonkinlaista TEKIJÄN, TEON ja OIKEUSHYVÄN muodostamaa kokonaisuutta. Maisemamallini idea on juuri siinä, että se auttaa hahmottamaan tätä kokonaisuutta. Vastuuoipillinen arviointi voi ilman muuta painottua eri tilanteissa eri tavoin. Yhtäkään edellisistä osa-alueista ei kuitenkaan voi sulkea tyystin tarkastelun ulkopuolelle. Uskoakseni maisemamallini voi auttaa havaitsemaan erilaisia painotuksia, jäsentämään niitä tarkemmin ja ennen kaikkea kysymään, onko tarkastelun painopiste kulloinkin asetettu järkevästi, tai *hyvin*. Tähän vastaamisen malli jättää suosiolla itse kulloinkin vastuuta arvioivan tahon kontrolle.

Nicola Lacey toteaa *rikosvastuuta* (criminal responsibility) koskevia erilaisia ideoita tai ideologioita metodologisen pluralismin avulla luodanneen tutkimuksensa (*In Search of Criminal Responsibility* (2016)) lopussa useiden rikosoikeusteoreetikkojen suorittavan tutkimuksiaan loppujen lopuksi varsin suppeilla rikosoikeuden alueilla. Aihepiirien suppeat rajaukset mahdollistavat teorioiden pysyttämisen analyyttis-systemaattisen kauneushanteen edellyttäminä johdonmukaisina ideoina ja siis *ideaaleina*. Kyse on normatiivisista teorioista, jotka kertovat, miltä kulloinkin käsitellyn rikosoikeusteoreettisen aspektin esittäjänsä mukaan pitäisi näyttää. Lacey'n itsensä painottamasta historiallis-sosiologisesta näkökulmasta tällaiset teorit eivät lopulta kykene kuvaamaan sitä, millaisena vaikkapa rikosvastuu todellisuudessa näyttäytyy. Syynä on se, että ideoiden tasolla liikkuvat teorit unohtavat sen käytännön ympäristön ja ne instituutiot, joiden puitteissa rikosoikeus lopulta ilmenee. Lacey'n oman tutkimuksen valossa juuri analyyttisen oikeustieteen yleisen tason lintuperspektiivi estää näkemästä sitä moninaisten ja päällekkäisten käsitysten joukkoa, joka vaikkapa rikosvastuuseen on englantilaisessa rikosoikeudessa viimeisten 250 vuoden aikana liittynyt.¹³⁶⁷

Oma tutkimukseni on viis veisannut sellaisista historiallis-sosiologisista seikoista, joita Lacey peräänkuuluttaa. Väitän kuitenkin, että näkökulmamme ovat Lacey'n kanssa joiltain kohdin hyvinkin samankaltaisia. Olen vain rajoittanut historiallis-sosiologisen katsaukseni lähinnä Suomessa noin 30 viime vuoden aikana kirjoitettuun lainoppiin. Yhtä kaikki tavoitteeni on ollut selvittää, mitä ja miten itse kukin asiasta on todella lausunut. Tällainen tosiasioiden lähiluku on paljastanut melkoisen kirjon rinnakkain eläviä perspektiivejä siitä, mitä rikosoikeus on ja miten sitä tulisi tutkia.

¹³⁶⁶ Tarkempana esimerkkinä ks. Rankinen 2016c, jossa jäsennellään varsin monimutkaisena pidettävää Talvivaaran kaivoksen ympäristörikosasiaa koskevaa kärkeäjoikeuden ratkaisua. Nähdäkseni juuri ympäristön turmelemisen kvalifioitun tunnusmerkistön edellyttämä kokonaistörkeysarviointi muodostuu lopulta havainnollisella tavalla koko ratkaisun eräänlaiseksi tiivistelmäksi, jossa aiemmin jo käsiteltyjen vastuun edellytysten langat kootaan yhtenäiseksi kokonaisuudeksi (s. 5–6). Kyseisen kokonaisarvioinnin suhde huolimattomuuden törkeysarviointiin ei ole millään tapaa yksiselitteinen (s. 7–8).

¹³⁶⁷ Lacey 2016 s. 178–192.

4. HYVIÄ VAI HUONOJA UUTISIA?

Viimeistään tässä vaiheessa lukija lienee huomannut, etten osaa pitää rikoslainoppineille julistamiani uutisia hyvinä tai huonoina ilman jonkinlaista näkökulmaa. Uutiset ovat siis yhtä aikaa hyviä ja huonoja riippuen muun muassa siitä, millaiselle rikoslainoppineelle niitä julistan.

Itsevarmalle ja tyytyväiselle rikoslainoppineelle uutiseni ovat luullakseni ennen kaikkea hyvin ikäviä – ehkä jopa suorastaan älytöntä ja turhamaista sanaleikkiä, jolla ei itseään kannata raskauttaa. Joka jo ratkoo tuottamusongelmia mallikkaasti ei ainakaan omasta mielestään tarvinne juuri mitään, mitä tässä tutkimuksessa on esitetty. Mikäli tällainen itsevarma rikoslainoppinut sattuu kuitenkin väitteeni uskomaan, ovat uutiset huonoja. Tuottamus ei olekaan helppo, vaan pohjattoman vaikea asia! Eikä minulla edes ole tarjota asiaan mitään sinällään ehkä yleispätevää, mutta kuitenkin mitä ylimalkaisinta ”maisemamalliani” parempaa.

Jotain iloa itsevarma karikatyyrijuristimme, tai ainakin -tuomarimme, voi toki löytää siitä, että tuottamusta koskevat kannanotot on lopulta jätettävä juuri hänen tietyssä yksittäistapauksessa tehtävikseen. Oikeustiede ei voi ratkaista yhdenkään tuomarin pöydällä olevaa tuottamuskysymystä tämän puolesta. Se kun ei tunne yksittäistapauksellista kontekstia saati ole ottanut vastaan asiaa koskevaa näyttöä, eikä ylipäänsä edes nauti ratkaisun tekemiseen oikeuttavaa yhteiskunnallista auktoriteettia. Itsevarma lainkäyttäjä saa siis jäädä rauhaan sikäli, että vaikka hän saattaakin esimerkiksi tieteen taholta joutua kritisoiduksi, jopa naurunalaiseksi, ei kukaan kuitenkaan voi tulla tekemään hänen työtään hänen puolestaan.

Epävarmalle ja huolestuneelle (ja mielestään ehkä huonolle) rikoslainoppineelle uutiseni saattavat olla hyviä – ehkä jopa lohdullisia ja tuttuja muistutuksia jostain, mitä hän on kaiken aikaa jollain tasolla jo tiennyt. Rikoslainoppinut, joka kantaa huolta siitä, että ratkoo tuottamuskysymyksiä ilman, että olisi koskaan edes lukenut, tai ymmärtänyt vaikkapa Nuutilan tai Krögerin väitöskirjoja voi lohduttautua sillä, ettei näistä opuksistakaan ole löydettävissä minkäänlaista yliveraista tuottamusoppia, joka hänen olisi välttämättä tunnettava. Duttgen vuoden 2001 habilitaatiotyö on sinällään kunnioitusta herättävä mestariteos, joka varmasti auttaa ymmärtämään tuottamuksesta vaikka ja mitä, mutta sen lukematta jättäminen ei tarkoita, etteikö tuottamuskysymyksiä voisi ratkaista silti ihan hyvin.

Kurjuutta tuottaa toki se, ettei tämä Rankisenkaan tutkimus juuri auta poistamaan huonoa omaatuntoa. Toivon mukaan se kuitenkin auttaa edes sikäli, että se osoittaa huonolle omalletunnolle olevan ihan aito ja hyvä syy! Itse asiassa useampikin syy. *Ensinnäkin* huolimattomuus on niin vaikea asia, ettei sitä ole uskoakseni kenenkään mitään syytä luulotella kovinkaan erinomaisesti ja kattavasti hallitsevana. *Toiseksi* ihmisille valinnoillaan (vähintäänkin erilaisten enemmän tai vähemmän välillisesti langetettujen rangaistusten muodossa) kärsimystä aiheuttavan rikosoikeudellisen ajattelijan on uskoakseni perin vaarallista tuudittautua kovinkaan hyvään omaantuntoon. Ei ainakaan tätä kärsimystä tuottamuksen perusteella aiheuttavan, jos siis sattuu uskomaan väitteeni tuottamuksen monimutkaisuudesta.

Parhaimmillaan tämä tutkimus tarjoaa niin hyvälle kuin huonoillekin lainoppineille yleisen tason mallin, jonka avulla rikosoikeudellista tuottamusta voi ymmärtää, ja

ehkä jopa jäsentää, tai ainakin kontrolloida omia tuottamuskantojaan. Tämä on toki toiveikasta ajattelua jäävimältä mahdolliselta taholta – tutkimuksen kirjoittajalta!

Enkö siis jättäisi näin Samuelssonin tapaan lopulta (liki) kaiken vastuun lukijani harteille? Kyllä, juuri näin teen!

Hartaaksi toiveekseni jää lopulta se, että lukijani voisi lausua tutkimuksestani samoin, kuin Dan Frände vastaväittäessään Kimmo Nuotion väitöskirjaa: teos tarjoilee lukijalleen vaikean polun, jossa eteenpäin päästäkseen saa itse rakentaa siltoja, ja jossa moni kulkija myös uupuu. Tarpeeksi kestävyyttä omaava ja riittävän harjaantunut kulkija pääsee kuitenkin perille – ja saattaa jälkeenpäin jopa todeta nauttineensa matkanteosta!¹³⁶⁸ Ja ehkä jopa tulleet ajatelleeksi jotain hyödyllistä.

¹³⁶⁸ Frände 1998 s. 684.

LOPUKSI

JURIDIIKAN SIETÄMÄTÖN KEVEYS

”Jokainen koululainen voi tehdä fysiikan tunneilla kokeita varmistaakseen, että tietty tieteellinen oletamus on oikea. Mutta ihmisellä, siksi että hän elää vain yhden elämän, ei ole mitään mahdollisuutta tarkistaa olettamuksiaan kokeellisesti. Siksi hän ei kuunaan saakaan tietää, olisiko hänen pitänyt totella tunnettaan vai ei.”

”Einmal ist keinmal. Kerran tapahtuva on kuin koskaan tapahtumaton. ... Historia on yhtä kevyt, höyhenenkevyt, kevyt kuin leijuva pöly, kuin se mitä ei enää huomenna ole.”

(Milan Kundera, Olemisen sietämätön keveys¹³⁶⁹)

Jussi Matikkala toteaa Nuutilan väitöskirjasta kirjoittamassaan kirja-arviossa, ettei ”jyhkeä” 645 tekstisivua, 2032 alaviitettä sekä suuren määrän erilaisia tilannekonstellatioita, juridisia polkuja ja teoreettisia kiemuroita sisältävä työ tuo mieleen mitään *olemisen sietämätöntä keveyttä*¹³⁷⁰. Samaa voi halutessaan sanoa omasta teoksestani – jos vaikka sattuu pitämään reilusti modernit 250-sivun laajuussuosikset ylittäviä väitöskirjoja jotenkin painavina. Milan Kunderan teoksen luenut ei kuitenkaan ehkä näin tekisi.

Kundera pohtii teoksessaan *painon* ja *keveyden* ongelmaa – tuota ”vastakkaisuuksista salaperäisintä ja monimerkityksisintä”. Kysymyksenä on, kumpi ihmisen niistä lopulta olisi valittava; kumpi niistä on positiivista ja kumpi negatiivista. Taakan paino tekee elämästä maanläheisempää, todellisempaa ja aidompaa. Taakan puuttuessa ihminen käy ilmaa kevyemmäksi, lentää korkeuksiin, etääntyy maasta ja maallisesta olost, on enää vain puolitodellinen ja hänen liikkeensä käyvät yhtä vapaiksi kuin merkityksettömiksi. (s. 15–16) Parmenideelle keveys on positiivista, Beethovenille sen sijaan paino (s. 51). Koska elämän draama on siis Kunderan mukaan ilmaistavissa painon metaforalla (s. 156), tarkastelee hän romaanissaan luomiensa henkilöahmojen painoa ja painottomuutta. Tomášin lauantaina kokema olemisen ihana keveys muuttuu jo maanantaina myötätunnon raskaaksi taakaksi (s. 48–49). Sabinan elämän draama on sen sijaan keveyttä – hänen kannettavakseen kun on pantu olemisen sietämätön keveys (s. 156). Tereza haluaisi oppia ajanmukaiseksi ja kevyeksi, mutta käsittää itsekkin suhtautuvansa kaikkeen yhtenä murhenäytelmänä (s. 180–181). Saksa puolestaan on painavien sanojen kieli ja Kantin kielellä jopa asianmukaisesti lausuttu ”Hyvää päivää!” kuulostaa metafysiseltä teesiltä (s. 247).

Tämän tutkimuksen voi ajatella vyöryttävän lukijansa eteen valtavan määrän rikoslainopillista (ja paikoin jopa saksankielistä!) tekstiä – raskasta ajatusmassaa, joka laahaa perässään valtavaa määrää mitä erilaisimpia metafysisiä teesejä, ideologisia valintoja ja kaiken tämän aiheuttamaa vastuuta. Yhtä lailla tämän tutkimuksen voi ajatella yltyvän kerta toisensa jälkeen kevyeksi sanoilla leikkimiseksi ja jonkinlaiseksi peliksi, jossa lukijaa lähinnä kiusataan, tai ainakin kiusoitellaan. Onko tämä tutkimus painava vai kevyt? Tai *mikä tämä tutkimus ylipäänsä on!?*

Tämä tutkimus on ”muurahaisen tarmolla ja kärsivällisyydellä” toteutettu matka rikoslainopillisiin käytäntöihin eli siihen, mitä ja miten rikoslainopissa rikosoikeudesta kirjoitetaan. Se pyrkii paljastamaan suomalaisen rikoslainopin totuudentuottamistapoja seuraamalla itsepäisellä pieteetillä mitä kukakin on

¹³⁶⁹ Kundera 1984/1985 s. 58 ja 279.

¹³⁷⁰ Matikkala 1997 s. 425–426.

konkreettisesti viimeisten vuosikymmenten aikana tehnyt. Toivon – ja myös uskon – kysyneeni nostamaan esiin joitain sellaisia ikäviä ja naurettavia asioita, myyttejä ja irrationaalisia perusteluja, luutuneita ennakkoluuloja ja älyttömyyksiä, ehkä jopa neronleimauksia, filosofista syvällisyyttä ja oivia psykomorfeja, joita vaikkapa Mika Viljanen juuri likinäköisen muurahaisen metodilta toivoo¹³⁷¹, vaikkakaan en tiedä, mitä psykomorfit ovat...

Tämä tutkimus on ylimielisen besserwisserin yritys osoittaa muiden olevan väärässä. Jo alussa esittämäni teesit eivät anna tältä osin armoa. En voi luottaa kenenkään muun arvostelukykyyn kuin omaani. En voi jättää yhtäkään heikoksi katsomaani argumenttia kaatamatta sen takia, että luottaisin itseäni enempää johonkin toiseen. Tämä ei toki sulje pois sitä, ettenkö voisi – ja ettenkö auttamatta myös olisi – itsekin väärässä. Tämä tosin jää muiden osoitettavaksi. Nöyryys piilee siinä, että luopuu *tarvittaessa* heikoiksi osoitetuista kannoistaan. Ja tämä tarve ei voi perustua mihinkään muuhun kuin siihen, että joku minut vakuuttaa väärässä olemisestani. Kaino toiveeni on se, että näin toinen toistemme kanssa argumentoiden voisimme päästä lähemmäs jonkinlaista totuutta – tai edes jollain tapaa eteenpäin – tai edes jollain tapaa elää rikosoikeuden maailmassa.

Tämä tutkimus on kummallinen, epäselvä ja yksinkertaisesti luotaantyöntävä. Sen lukeminen on raskasta, ymmärtäminen vaikeaa ja ulosanti epämiellyttävää. Se tuskin tulee muuttamaan mitään jo siitä yksinkertaisesta syystä, ettei juuri kukaan sitä lue, vielä harvempi ymmärtää ja tuskin kukaan hyväksyy. Lisäksi siitä ei liene minkäänlaista ainakaan kovin suoranaista hyötyä yhtään kenellekään. Nämä kaikki ovat sinällään valitettavia totuuden tavoittelemisen lieveilmöitä. Omalta osaltani tämä on (edelleen valitettavasti!) rehellisintä mitä rikosoikeudellisesta tuottamuksesta voin sanoa. Tämä on kaikkein *sopivin* tuottamustutkimus mitä olen kuuna päivänä nähnyt, tai voin edes kuvitella.

Tämä tutkimus on jonkinlainen fenomenologis-hermeneuttinen yritys yhdistää omaan yksinäisyyteensä käpertyvä eksistenssifilosofinen näkökulmani pohjimmitaan yhteisestä oikeudestamme käytävään dialogiin¹³⁷² – ja lopulta tavallaan eräänlainen hillitön performanssi siitä, mitä tällainen voisi tarkoittaa.

Tämä tutkimus on 90-luvun rikoslainoppia 2020-lukua jo elävässä maailmassa.

¹³⁷¹ Viljanen 2010 s. 401 ja 404.

¹³⁷² Ks. Hankamäki 2008 s. 41–44, joka ymmärtääkseni yrittää jotain hieman samanlaista oikeuden sijaan (puhtaammin) filosofian tasolla. Halutessaan omasta esityksestäni voinnee löytää paljonkin yhtenevää Hankamäen (etenkin Martin Buberiin ja Emmanuel Levinasiin) perustuvaan ajatukseen siitä, kuinka dialoginen Minä-Sinä-yhteys ja uneton ajattelu edellyttävät kohtaamisen suoranaista järkyttävyyttä tai järjestyttävyyttä – *havahtumista todellisuuteen*, eli siihen kuinka olemme ihan oikeasti erilaisia, tai ”toisia”. Ilman toiseutta kun ei oikein voi olla dialogiakaan! (erit. s. 69–71 ja 99). Paljon samaa voinnee välittämme löytää myös analyyttisen filosofian kritiikistä sekä uskosta siihen, että kriittisen (yhteiskunta)teorian mahdollisuudet kumpuavat nykypäivänä eksistenssi- ja transsendentaalifilosofioiden suunnalta, ”sillä (1) vain ne pystyvät kiistämään yksilolotteistavien muovikupujen vallan; (2) ne voivat havahduttaa näkemään toiseen ihmiseen kätkeytyvän salaisuuden; (3) ne voivat piirtää esiin ihmisten ja yhteiskuntien erot, ja (4) tärkeimpänä tehtävänä transsendentaalifilosofiat osoittavat järjen kohtalokkaat rajat” (s. 138). Olennainen eromme lienee siinä, että itse olen ((rikos)lainoppineena) valmis sitoutumaan Hankamäkeä vahvemmin hermeneutiikan (ja etenkin kai Gadamerin) ajatukseen tulkinnan historiallisista lähtökohdista ja eräänlaisesta ennakkokäsitysten auktoriteetista, mihin ilman muuta sisältyy sellaista konservatiivisuutta, josta Hankamäki huomauttaa (s. 177–178 ja 181). Eron *olennaisuus* on sidoksissa nyt kyseessä olevan tutkimukseni kontekstiin. Tässä kontekstissa vähemmän olennainen, joskin edellistä huomattavasti suurempi, eroavaisuus on siinä, etten allekirjoita alkuunkaan vaikkapa Hankamäen *filosopia homosexualis* -homofilosofiaa tai ajatusta siitä, että heteroseksuaalinen valtakulttuuri olisi (ainakaan jotenkin heteroseksuaalisuutensa itsensä johdosta) ”keskittynyt kasaamaan esteitä filosofisten, taiteellisten ja teoreettisten intressien tielle” (ks. s. 201–202). Suhtaudun myös hyvin varauksellisesti esim. ajatukseen islamista laajenemiseen tähtäävän väestöpolitiikan kautta Euroopasta voiton saavana ja länsimaisen rationalistamisen tarpeessa olevana uskontona (s. 275–281). Eikä tämä tarkoita, ettenkö voisi Hankamäen ajatushanketta totuuden tinkiäntönnästä tavoitteluna *näiltäkin* osin kunnioittaa. (Mikä saa tietysti kysymään harjoitanko nyt itsekin tätä ”samaa sukupuolta olevien viisauden rakastajien ystäväyyttä”).

Ja tämä tutkimus on pyhäinhäväistys maailmassa, joka mieluusti kuvittelee, ettei mitään pyhää enää olisi häväistäväksi.

Tämä tutkimus on kaikkea tätä – riippuen näkökulmasta. Tämä johtuu siitä, että tutkimus koskee juridiikkaa, joka aina viime kädessä on tekemisissä ihmiselämän kanssa – rikosoikeuden yleisten oppien tapauksessa erilaisten inhimillisten vastuukysymysten kanssa. Näin tutkimus on lopulta höyhenen kevyttä – kuin pölyä, joka historian kuluessa pyyhkiytyy unohduksiin. Riittää, että näkökulma tarpeeksi perustavanlaatuisesti vaihtuu, eikä kukaan enää pidä tutkimustani minään – jos nyt pitää tänä päivänäkään. Ja näkökulmaa voi toki vaihtaa odottamatta historian heilurin sitä kenenkään puolesta ja vääjäämättä tekevän. Tutkimukseni voi repiä vaikkapa dekonstruktion keinoin palasiksi tuosta vain.

Valittaessa näkökulmaksi omaani oikeuspositivistisempi ajatus säännöksiä lukemalla saavutettavasta oikeusvarmuudesta jäänee koko työni turhaksi kouhkaamiseksi. Miksi kukaan kirjoittaa reilut 400 sivua tuottamuksesta päätyttyä juuri mihinkään muuhun kuin jo olemassa olevan legaalimääritelmän toistelemiseen!? Ja kehtaa vielä avoimesti ehdotella jotain, minkä toteaa jo vallitsevasta poikkeavaksi!?

Valittaessa näkökulmaksi omaani kriminaalipoliittisesti latautuneempi ajatus rikosoikeudesta edustanee työni tyhjänpäiväistä kvasi-loogista helmipeliä. Miksi kukaan haluaa edes miettiä ”tuottamuksen yleistä rakennetta”, kun tuottamustilanteiden yksittäistapauksellinen heteronomisuus on jo notorisesti tiedossa ja olennaista olisi kriminaalipolitiikan arvojen ja tavoitteiden toteuttaminen näissä yksittäistapauksissa!? Tai valittaessa näkökulmaksi omastani poikkeava käsitys monitieteellisyydestä herää kysymys siitä, mikä järki on käyttää tuottamuksen tutkimiseen lähes yksinomaan lainopillista kirjallisuutta? Missä ovat muut tieteet, tai edes muut oikeuslähteet!?

Valittaessa puolestaan omaani luonnonoikeudellisempi ajatus rikosoikeudesta edustaa työni moraalitonta kompromissirykelmää, jossa oikeudesta tehdään tuon tuosta huutoäänestys. Miksi kukaan käyttää näin paljon aikaa kaiken mahdollisen mukaan haalimiseen!?

Minulla ei ole mitään kovinkaan kummoisia keinoja puolustautua tämänkaltaisia yleisellä tasolla liikkuvia väitteitä vastaan. Parasta, mitä voin toivoa, on että tällaisia esitettäisiin ja tätä kautta voisi syntyä kriittistä keskustelua. Keskustelu toki edellyttää edellistä hieman konkreettisempien aiheiden pariin siirtymistä. Muuten eri näkökulmat jäävät Kunderan hahmotteleman ”*käsittämättömäksi jääneiden sanojen pienoissanaston*” jatkoksi, jossa eri tavoin ajattelevat ihmiset ymmärtävät toinen toisiaan kerta toisensa jälkeen väärin, koska eivät ymmärrä niin eri tavoin ajattelevansa¹³⁷³. Ja keskusteluun kuuluu myös se, että saatan toki jonkinlaisia puolustautumiskonsteja sanomisiani vastaan suunnattuja väitteitä kohtaan keksiä.

¹³⁷³ Ks. Kundera 1984/1985 s. 120–126, 131–136 ja 141–147, jossa avataan erilaisia sanoja ja sanontoja, jotka salarakastajat akateemikko Franz ja taidemaalari Sabina ymmärtävät liki päinvastaisella tavalla. Kyse on ”väärinymmärryksen kuulusta ja luettelosta”, joka avautuu Franzin ja Sabinan välillä, ja joka olisi ylitettävissä vasta, kun he viettäisivät keskenään riittävästi aikaa. Siten, että ”(h)eidän sanastonsa olisivat lähestyneet toisiaan arastellen ja hitaasti, ylen ujojen rakastavien tapaan, ja kummankin musiikki olisi alkanut sekoittua toisen musiikkiin” (s. 159 ja 161). Vaikka näin ei tarinassa käykään, kykenee Kundera juuri kaunokirjallisen tarinansa avulla ilmaisemaan havainnollisesti, ja *ymmärrettävällä* tavalla, kuinka erilaisia me ihmiset voimme olla – tai miten eri ajatuksenkuluin ja assosiaatioin järkemme saattaa juosta. Esim. Aarnion 2006 s. 100 silmissä tutkimukseni lienee jonkinlaista postmodernia pakenemista yhteiskunnasta yksilöön – *olemisen sietämättömään keveyteen*, joka suorastaan pilkkaa suuria ihmisjoukkoja. Omasta näkökulmastani tutkimukseni on vastustamatonta ajautumista olemisen

Koska poikkeukset kuuluvat niin ikään ihmiselämään ja juridiikkaan, haluan kaikesta edellisestä huolimatta vielä eräiden perustavanlaatuisien väärinkäsitysten välttämiseksi nostaa esiin muutaman asian, *joita tämä tutkimus ei ole*. Tai millaiseksi sitä en ainakaan ole tarkoittanut ja halunnut. Lukijahan saa tietysti lukea sitä juuri valitsemallaan tavalla – millä muulla tavalla lukijaparka mitään voisi tehdä?!

Tämä tutkimus ei ole jonkinlainen suomalaisen rikosoikeuden Emma-gaala, jossa rikoslainoppineille jaetaan palkintoja (tai rangaistuksia). Tarkoitukseni ei ole ollut väittää yhtäkään tässä teoksessa esiintyvää henkilöä hyväksi tai huonoksi tieteentekijäksi tai oppineeksi. Sen sijaan olen tämän tästä nostanut esiin eri henkilöiden esittämiä toisinaan ensiluokkaisiksi, toisinaan luokattoman surkeiksi katsomiani väitteitä ja ajatuksia. Olen yrittänyt olla tässä tarkka. Olen pyrkinyt siihen, etten väitä kenestäkään mitään, vaan tyydyn esittämään mitä itse kukin on väittänyt, ja ilmoittamaan lukijalle sivunumeron tarkkuudella, mistä juuri kyseisen väitteen voi käydä itse toteamassa. Ideaalistani en tietenkään kykene pitämään täysin kiinni; joudun lopulta tulkitsemaan itse kunkin sanomisia, minkä johdosta saatan myös ymmärtää niitä väärin. Enkä myöskään näitä tulkintoja tehdessäni voi täysin sanoja ja sanomisia toisistaan irrottaa.

Olennaista on se, että tutkimukseni tarkoitus on ymmärtää rikosoikeudellista tuottamusta.¹³⁷⁴ Se, että olen matkan varrella joutunut tarkastelemaan suomalaisen rikosoikeuden trendejä ja tilaa, tai vaikka esittämään Jussi Tapanin sivuuttavan käsittämättömällä tavalla *Yrittänyttä ei laiteta?* -teoksessaan Samuel Cavallinin väitöskirjan, palvelevat lopulta tuottamuksen ymmärtämisen tarkoitusta. Jos tarkoituksenani olisi arvioida vaikkapa Jussi Tapania rikosoikeustieteilijänä olisi tietysti täysin kohtuutonta jättää nostamatta esiin, mitä kaikkea kummallista me hänen kollegansa puolestaan olemme tehneet. Vaikkapa sen, ettei Jussi Matikkala omassa valmisteluopillisessa muutama vuosi Tapanin yritystutkimuksen jälkeen julkaistussa tekstissään viittaa lainkaan Tapanin monografiaan, vaikka tukeutuu valmisteluopillisia linjauksia hahmotellessaan nimenomaisesti yritysoppiin. Ja hyödyntää vieläpä valmisteluopin ”keskeisinä elementteinä” tismalleen samoja osatekijöitä kuin mitä Tapani oman yritystutkimuksensa ”keskeiskäsitteinä”¹³⁷⁵. Ja aivan samaan tapaan muuan Rankinen tutkii törkeän tuottamuksen lainsäädäntöhistoriallista kehitystä autuaan tietämättömänä Jari Laasanen artikkelista, jossa käsitellään monilta osin tismalleen samoja teemoja, joskin vaarantamisen näkökulmasta¹³⁷⁶.

Tämä ei nyt edelleenkään tarkoita, että vihjaisin vaikkapa Matikkalan plagioivan jotain Tapanilta. Tämä olisi kummallinen väite ottaen jo huomioon, kuinka perustavia käsitteitä kumpaisenkin ”keskeiskäsitteinä tai -elementteinä” hyödyntämät *teko, vaara* ja *tahallisuus* rikosoikeudessa ovat. Sen sijaan väitän, ettei Tapani suinkaan ole ainut

sietämättömään keveyteen suurten ihmisjoukkojen kunnioittamisen kautta – ja vielä tämän jälkeenkin yhteisön asettamista lopulta yksilön, ja itseni edelle.

¹³⁷⁴ Kuten Heikki Kannisto 2002 s. 423 sanoo; joudumme muita ja heidän tekemisiään arvioidessamme aina rajaamaan arviointiperusteemme. Tavallisimmin kiinnostuksemme painottuu siihen, missä omat ongelmamme ovat, mikä on tietysti hyvinkin perusteltua; näin niiden ratkaisemiseen kai useimmiten myös tarjoutuu parhaat mahdollisuudet. Tätä kautta meillä voi olla ihan hyvinkin perusteemme todeta joidenkin ihmisten jotkut uskomukset vaikkapa irrationaalisiksi. Tämä jää kuitenkin hyvin kauas kyseisten ihmisten tai heidän tekemistensä tuomitsemisesta irrationaalisiksi *in toto*.

¹³⁷⁵ Matikkala jäsentää valmisteluoppinsa 1) konkreettisten valmistelutoimien, 2) vaaraedellytyksen ja 3) subjektiivisen tunnusmerkin varaan (Matikkala 2013 s. 234–235), Tapani yritysoppinsa 1) teon, 2) vaaran ja 3) tahallisuuden varaan (Tapani 2010 s. 18 ja 24).

¹³⁷⁶ Rankinen 2017 ja Laasanen 2004 erit. s. 337–339 ja 376–378, jossa Laasanen toteaa (abstraktisten) vaarantamiskriminalisointien aktualisoituneen nimenomaan ns. erikoisrikosoikeuden puolella ilman, että asiaa olisi kovin syvällisesti vaikkapa rikosoikeuden yleisten oppien osalta edes mietitty.

kotimainen kirjoittaja, joka on onnistunut tekemään tutkimuksiaan antamatta suurempaa painoarvoa muille hänen aiheensa kannalta mitä olennaisimmilta vaikuttaville tutkimuksille. Tämä on aivan arkipäiväistä rikoslainopilliselle ”keskustelulle”, mutta toki tieteellisesti ajatellen varsin kummallista.

Aivan samoin olen jo edellä todennut Jussi Syrjäsen valinnan jättää Tolosen *Oikeuslähdeoppi*-teos käymänsä ”keskustelun” ulkopuolelle täysin käsittämättömäksi hölmöilyksi. Minulla ei Syrjäselä vain joitain tekstejä lukeneena ole minkäänlaista kompetenssia tai aikomusta leimata häntä jotenkin hyväksi saati huonoksi oikeusteoreetikoksi. Oli asia niin tai näin, oikeuslähdeopin perustavanlaatuinen tutkiminen Suomessa vuonna 2008 ilman Tolosen vuodelta 2003 olevaa teosta – ja vielä kaiken lisäksi hyvin yhtenevistä lähtökohdista – on käsittämätöntä hölmöilyä. Ainakin, jos allekirjoittaa alussa hahmottelemani rikoslainopilliset teesit. Ja ainakin niin kauan kunnes Syrjänen esittää hyvät perustelut tälle valinnalleen.

Joka lukee tätä tutkimusta tarkoituksenaan todeta, ketkä ovat hyviä ja ketkä huonoja tutkijoita, joutuu yksinkertaisesti joko pettymään tai erehtymään raskaasti. Tämä tutkimus on laadittu *rikosoikeudellisen tuottamuksen ymmärtämiseksi*. Arvioni eri tahojen väitteiden laadusta on laadittu tästä lähtökohdasta ja kyseisen teeman ympärille. Jos joku jostain syystä haluaa, voinee teostani analysoimalla muodostaa jonkinlaisen käsityksen siitä, ketkä mielestäni ovat rikosoikeudellista tuottamusta onnistuneet hyvin tai huonosti tutkimaan. Aivan samoin joku toinen voi halutessaan muodostaa tätä teosta analysoimalla jonkinlaisen käsityksen maailmankatsomuksestani, ihonväristäni tai vaikka isäsuhteestani. Kaikki tällainen jää kuitenkin kuriositeetiksi, ja varsin epävarmaksi sellaiseksi, tutkimuksen varsinaiseen aiheeseen verrattuna.¹³⁷⁷

Sanna-Maria Klemetin väitöskirja *Oikeudellisten konstruktoiden kinetiikka* (2014) muodostaa havainnollisen esimerkin siitä, mihin en ole tutkimuksessani pyrkinyt, ja mihin en usko myöskään lukijani kannattavan pyrkiä tutkimustani lukiessaan. Väitöskirjassaan Klemetti tarkastelee viittää korkeimman oikeuden ja kahta korkeimman hallinto-oikeuden 2000-luvulla tekemää ratkaisua. Klemetti erottaa kaksi tapaa lukea kyseisiä prejudikaatteja. Ensimmäinen vaihtoehto on lukea niitä niiden omilla ehdoilla; koherentteina kokonaisuuksina ja ”*parhain päin*”. Toinen vaihtoehto on *intensiivinen lähiluku*, jossa tekstin perustelunarratiivi puretaan auki eli dekonstruoidaan. Ensimmäisessä on Klemetin mukaan kyse *mainstream*-lukuvasta, jossa oikeuden vallitsevaa *ratio scriptaa* ylläpidetään ja vaalitaan ummistamalla silmät tekstien narratiivisille epäjatkuvuuksille. Jälkimmäinen puolestaan pyrkii tällaisia epäjatkuvuuksia ja heikkouksia paljastamaan. Klemetin ajatuksena on, ettei ensimmäinen koherenssihakuinen lukutapa edes kykenisi perustelunarratiivien heikkouksia paljastamaan, koska se sitoutuu samanlaiseen kerronnalliseen logiikkaan kuin kohdetekstinsäkin. Tällaiseen heikkouksien paljastamiseen tarvitaan ”järeämpiä työkaluja”. Klemetti soveltaakin omassa tutkimuksessaan jälkimmäistä lukutapaa muotoillen erityisen ”ergodisen rakenneanalyysin” lukumenetelmän. Klemetin tarkoitus ei nimenomaisesti ole *rekonstruoida* ratio scriptaa, vaan *dekonstruoida* sitä. Tällaista kyseiset korkeimpien oikeuksien ratkaisut Klemetin mukaan vaativat, koska ne eivät muodosta dworkinilaista eheää ja ketjuromaanin kaltaista kertomusta, vaan

¹³⁷⁷ Koska viimeaikaisen lainopillisen keskustelun valossa saattaa kuitenkin joku olla tällaistaakin innostunut tekemään, olisin itse erityisen kiinnostunut kuulemaan näkemyksiä ratkaisun KHO 2009:95 ja teoksen *Evangeliumin tähden* (Jari Rankinen, Kustannus Arkki 2009) suhteesta omassa tutkimuksissani esittämäni. Jonkinlaiseksi tutkimusmenetelmäksi voisi sopia vaikkapa psykoanalyysi (ks. esim. McNulty 2020).

pikemminkin joukon fragmentteja, jotka muistuttavat aarsethlaista monireittistä labyrinthia. Tätä labyrinthia ja fragmenttien solmua Klemetti lähtee siis purkamaan auki ergodisen lukutapaansa avulla.¹³⁷⁸

Klemetti nimittää ergodista lukutapaansa ”syväluotaavaksi” ja ”hyperaktiiviseksi”. Tällä hän haluaa tehdä eron Derridan, Koskenniemen ja Siltalan dekonstruktioon, jota kyseiset kirjoittajat pitävät Klemetin mukaan jollain tapaa passiivisena. Klemetti painottaa, etteivät tekstit dekonstruoidu itsestään, vaan edellyttävät *aktiivista* dekonstruoimista, ja aktiivista dekonstruoijaa. Tuomioistuinratkaisujen perustelulauseiden sisäinen rakenne ja logiikka paljastuu vasta kovan työn tuloksena.¹³⁷⁹ Ja kovaa työtä vaatii myös Klemetin muotoileman ergodisen lukutavan ymmärtäminen. Klemetin nimenomaisena tavoitteena on osoittaa oikeuden konstrukttiivinen luonne sekä konstruktioiden ja normien välinen liike eli dynamiikka. Kyse on *oikeudellisesta kinetiikasta*, joka siis Klemetin mukaan on nähtävissä tuomioistuinratkaisujen perustelunarratiivin punoksessa. Klemetti siis pyrkii tarkastelemaan eräänlaisella tuomioistuinperusteluiden metatasolla sitä, kuinka oikeudellisen konstruktio lopulta määräävät laintulkintaa. Nämä oikeudelliset konstruktio merkitsevät oikeudellisia oppirakennelmia, jotka alitajuisesti ja piilevästi siirtyvät oikeudellisiin teksteihin perustelemisen ja vakuuttamisen taitona. Tällainen juristien käsitteellis-konventionaalinen tieto ja systematiikan taju muodostuvat vähitellen jo oikeudellisessa koulutuksessa.¹³⁸⁰ Klemetti pyrkii kehittämään teorian erilaisten konstruktioiden polymorfisuudesta, interferenssistä, metamorfoosista ja deformaatiosta – ja edelleen: *oikeudellisesta kinetiikasta* ja siis näiden konstruktioiden liikkeestä, niiden liikelaeista. Klemetti on kiinnostunut siitä, miten tuomioistuimet käyttävät erilaisia Klemetin tunnistamia konstruktioita ja oikeusnormeja perusteluissaan päätyen niiden yhdistämisen kautta konkreettisiin oikeudellisiin tulkintatuloksiin. Kyseiset tulkintatulokset voivat Klemetin mukaan merkitä *polymorfista oikeudellista konstruktioita*, joka siis syntyy kahden tai useamman konstruktio vuorovaikutuksen tuloksena. Tulkintatulokset voivat merkitä myös *vaillinaista interferenssiä* tai *toteutumaton metamorfoosia*, joissa molemmissa konstruktioiden välinen liike on siis jäänyt jotenkin kesken ja vaillinaiseksi.¹³⁸¹ Konstruktioiden ohella Klemetti puhuu myös ratkaisujen premisseistä, joiksi hän erittelee ainakin *latentit, puuttuvat, torjutut* sekä *avain- ja hukkapremissit*.¹³⁸²

Käytännössä Klemetti syvälukee seitsemän ylimpien oikeusasteiden ratkaisua pyrkien osoittamaan niistä narratiivisia epäjatkuvuuksia. Ja tällaisia epäjatkuvuuksia tietysti löytyy – muu kai olisi kummallista, jos ja kun ratkaisut näkee jo valmiiksi monireittisinä labyrintheinä ja fragmenttien punoksina. Klemetti kykenee nostamaan esiin usean tapauksen osalta mielenkiintoisia näkökulmia ja vaihtoehtoisia ajatusmalleja. Samalla hän onnistuu konkretisoimaan havainnollisesti lukutapaansa

¹³⁷⁸ Klemetti 2014 s. 112–119 ja 132. Todettakoon, että Klemetti joutuu tietysti käyttämään hahmottelemaan lukutapoja jossain määrin rinnakkain (kuten itsekin myöntää s. 138). Ergodisessa lukutavassa ei ylipäänsä edes voisi olla mitään erinomaista, ellei sitä peilaisi mainstream-lukutapaan ja siihen, mitä kaikkea tämän avulla siis ei ole mahdollista paljastaa.

¹³⁷⁹ Klemetti 2014 s. 123–127. Koskenniemen väitöskirjassaan harjoittamaa dekonstruktioita on sivuttu jo edellä. Siltalan osalta ks. erit. Siltala 2003 s. 593–730, jossa tämä dekonstruoi keskeisiä kotimaisia oikeustieteellisiä tuotoksia.

¹³⁸⁰ Klemetti 2014 s. 136 ja 139. ”*Ergodisuus* on sekä tekstin luentaa että sen tulkintaa ja samalla aktiivista toimintaa, jossa luodaan tekstinarratiivin uusia polkuja. Kyse on *liikkavasta tekstien labyrinthista*, jota muovataan käyttäjien eli operaattoreiden toimesta. Tekstin labyrinthi muistuttaa näin ollen J. L. Borgesin kuvailemaa Baabelin kirjastoa siinä suhteessa, että kirjastosta ei voi sanoa, mistä se alkaa ja mihin se loppuu. Ergodinen teksti on dynaaminen alati *muuttuva teiden labyrinthi*.” (s. 128–129)

¹³⁸¹ Klemetti 2014 s. 139–140, 198–199 ja 203–204.

¹³⁸² Ks. Klemetti 2014 s. 172–197 ja kootusti vielä s. 199–205, jossa Klemetti kehittää teoriakäsitteistönsä huippuunsa. Ks. myös vastaväittäjä Raimo Siltalan lausunto (Siltala 2015 erit. s. 314–315), jossa tämä pyrkii esittelemään Klemetin ”kieltämättä hieman vaikeaselkoiseksi” luonnehtimansa käsitteistön. En voi sanoa vakuuttuneeni siitä, että Siltalakaan olisi sitä esityksensä perusteella aivan täysin onnistunut ymmärtämään.

eroavuuden tavanomaiseen ”mainstream”-lainopilliseen lukutapaan. Tyydyn nostamaan esiin kaksi rikosoikeudellisesti relevantti esimerkkiä.

Ensimmäinen Klemetin syvälukema ratkaisu on KKO 2013:6, jossa oli kyse RL 40:7:n virka-aseman väärinkäyttämisen täyttymisestä tilanteessa, jossa poliisimies oli vapaa-ajalla esittäytynyt 16-vuotiaalle tytölle poliisina, esittänyt virkamerkinsä ja saatuaan tytön asuntoonsa raiskannut tämän. Olennaiseksi kysymyksenä korkeimmassa oikeudessa nousi se, oliko poliisimies virkamerkinsä esittäessään RL 40:7.1.1:n 1-kohdan edellyttämällä tavalla *toiminut virassaan tai käyttänyt julkista valtaa virkatehtävässään*. Klemetin analyysin mukaan juridiset konstruktiot ja oppirakennelmat osoittautuvat tapauksessa mahdottomiksi ylittää. Huomio fokusoituu virkatehtävään ja, kun sellaisesta ei korkeimman oikeuden mukaan ollut kyse, ei rikostakaan voinut tapahtua, vaikka poliisimies siis oli esittänyt virkamerkinsä uhrille kertoen olevansa poliisi. Klemetin ergodisen lukutavan mukaan tämän seurauksena ”(o)ikeuden konstruktiivinen todellisuus käy epätarkaksi. Tavallinen kansalainen ei voi enää tietää, milloin henkilö on poliisi, kun virkamerkki on tilannesidonnainen ja virkamerkillä on muita virka-ajan ulkopuolisia käyttötarkoituksia.” ”Henkilön asema mahdollisena poliisina ja virkamerkin merkitys muuttuvat horjuviksi ja epämääräisiksi.”¹³⁸³

Seuraavana Klemetti käsittelee tapauksen KKO 2011:1, jossa asetelma on monilta osin samanlainen. Tapauksessa lääkäri oli tutkinut rintojen ultraäänitutkimukseen tulleen potilaansa rinnat poiketen vakiintuneista ja lääketieteellisesti suositelluista menetelmistä kehuen niitä vieläpä kauniiksi. Korkeimman oikeuden ratkaistavaksi jäi muun ohella, oliko lääkäri syyllistynyt tilanteessa seksuaaliseen hyväksikäyttöön, joka sovellettavan RL 20:5.1:n mukaan edellytti *seksuaalista tekoa*. Tämä oli puolestaan vielä tuolloin määritelty RL 20:10.2:ssä teoksi, jolla tavoitellaan seksuaalista kiihotusta tai tyydytystä ja joka tekijä ja kohteena oleva henkilö sekä teko-olosuhteet huomioon ottaen on seksuaalisesti olennainen. Klemetin ergodisen lukutavan mukaan seksuaalisen teon rikosoikeudellinen konstruktio vinouttaa tarkastelukulman tekijään ja tämän tavoittelemaan seksuaaliseen nautintoon uhrin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen jäädessä toisarvoiseksi. Klemetti toteaa seksuaalisen kiihotuksen ja tyydytyksen tavoittelun mahdottomaksi näyttää toteen, ellei tekijä itse tällaista myönnä. Vaikka kyseisen konstruktion ylittäminen ei kärkeäoikeudelle tai hovioikeudelle ollut mahdollista, onnistui se kuitenkin Klemetin mukaan korkeimmassa oikeudessa *erityisen oikeudellisen transformerin* eli ”kokonaisuutena arvioiden” avulla. Narratiivin edetessä konstruktiot polymorfisoituvat siten, että latentti premissi nostetaan näkyville ja rakennetaan siltä narratiivissa olevan epäjatkuvuuskohdan yli: seksuaalista tekoa ei ole pystytty näyttämään toteen, mutta kyse on kuitenkin seksuaalisesta hyväksikäytöstä.¹³⁸⁴

En usko korkeimman oikeuden oikeusneuvosten, tai ylipäänsä suurimman osan rikoslainoppineista, tunnistavan tapauksia Klemetin luennasta. Eikä syynä ole ainoastaan Klemetin ergodisen rakenneanalyysin monimutkainen käsiteapparaatuuri. Klemetti nimittäin lukee tapauksista sellaista, mitä sinne ei yksinkertaisesti ole tarkoitettu. Ratkaistessaan rikosoikeudellista tapausta korkein oikeus ottaa lopulta kantaa kysymykseen *syytön tai syyllinen*¹³⁸⁵. Tämä ratkeaa rikostunnusmerkistöjä

¹³⁸³ Klemetti 2014 s. 37. Samaan tapaan Siltala 2019 s. 281–282.

¹³⁸⁴ Klemetti 2014 s. 46, 49–54 ja 175.

¹³⁸⁵ Ks. Hyttinen 2015 s. 28, 48–50 ja 247–248, joka niin ikään selittää, mitä rikosjutussa *tuomarina* toimiminen tältä osin tarkoittaa. Tutkija (tai ainakin filosofi) voi pohtia asioita miten haluaa, mutta tuomari on auttamatta kiinni *voimassa olevassa*

soveltamalla. Tarkemmin ottaen kyse on siitä, *onko tekijä syyllistynyt jossain rikostunnusmerkistössä kuvattuun tekoon (tai laiminlyöntiin)*. Korkein oikeus ei ole ensi sijassa kiinnostunut poliisin virkamerkin semanttisesta merkityksestä, poliisin vapaa-aikaa koskevista käyttäytymisvelvoitteista tai edes siitä, miten kansalainen nämä ymmärtää, tai saattaa ymmärtää. Kyse on siitä, onko vastaaja syyllistynyt rikokseen – eli toiminut rikostunnusmerkistön kuvaamalla tavalla.

Lisäksi Klemetti lukee tapauksia rikoslainoppineelle täysin vieraalla tavalla. Tapauksen 2011:1 osalta Klemetti puhuu ensin seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoittelun näyttämisen mahdottomuudesta tilanteessa, jossa tekijä ei asiaa myönnä. Muutama sivu myöhemmin näyttökynnys on tapauksessa enää noussut ”liian korkealle” ja ”vaikeaksi ylittää”. Lisäksi näyttökysymys on vaihtunut seksuaaliseksi kiihotukseksi tai tyydytykseksi.¹³⁸⁶ Rikoslainoppinut ei voisi sietää tällaista sanojen ja merkitysten sotkemista. Näyttö ei voi olla yhtä aikaa ”mahdoton” ja kuitenkin vain ”vaikea ylittää”. Eikä seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen *tavoittelu* ole lainkaan sama kuin sellaisen *tosiasiallinen saaminen*. Kaikkein suurimman häväistyksen Klemetti kuitenkin suorittaa toteamalla korkeimman oikeuden tuominneen vastaajan ilman näyttöä – rikos(prosessi)lainopin kielellä syyttömyysolettaman vastaisesti. Korkein oikeushan toteaa 8. perustelukappaleessaan nimenomaisesti seksuaalisen teon kokonaisuutena arvioiden selvitetyn¹³⁸⁷!

Klemetin tapa lukea korkeimman oikeuden ratkaisuja on ilman muuta hyvin mielenkiintoinen ja onnistuu epäilemättä nostamaan sieltä esiin kummallisuuksia. Esimerkiksi *kokonaisuusarvioinnin* ”erityisessä oikeudellisessa transformerissa” (tai miksi sitä ikinä haluaa nimittääkään) piilee ilman muuta myös rikosoikeuden saralla yhä tavallisemmaksi käyvä tapa suorittaa eräänlaisia ”hyppäyksiä” juridisen ajatuksenjuoksun päätyessä umpikujiin – aivan kuten tässäkin tutkimuksessa on edellä tuoreen korkeimman oikeuden oikeuskäytännön sekä muun muassa Thomas Fischerin ja Ingeborg Puppen saksalaista lainkäyttöä koskevien havaintojen mukaisesti todettu.

On kuitenkin olennaista huomata, että korkeimman oikeuden ratkaisuja (aivan kuten mitä tahansa tekstiä) voi lukea lukemattomin eri tavoin, joista joka ikinen paljastaa tekstistä jotain uutta. Ergodisen lukutavan sijaan voi valita vaikka allegorisen, isänmaallisen tai ”luen vain joka kolmannen sanan” -lukutavan. Kyse ei ole siitä, *voiko* tekstejä lukea jollain tavalla. Kyse on siitä, *mitä milläkin lukutavalla voi saavuttaa*, ja *miksi mikäkin lukutapa milloinkin valitaan*. Se, että Klemetti

oikeudessa – ennen kaikkea rikoslaissa. Muu johtaa virkavirheeseen – ja syystä! Tiede operoi totuudella / epätotuudella, rikoslainkäyttäjää lainmukaisuudella / ei-lainmukaisuudella (s. 297).

¹³⁸⁶ Klemetti 2014 s. 46 ja 49–50. Muina esimerkkeinä voi mainita sivun 64, jossa Klemetti puhuu RL 28:2.1:n 5-kohdan ”törkeän murtautumisen tunnusmerkistöstä”. Rikoslainoppinut puhuisi sen sijaan *törkeän varkauden tunnusmerkistöstä*, jonka kvalifiointiperusteena on murtautuminen asuttuun asuntoon. Klemetin puhe saa rikoslainoppineen pelkäämään unohtaneensa jonkun erityisen osan tunnusmerkistöistä. Ks. myös s. 183–184, jossa Klemetti kritisoi korkeimman oikeuden niin ikään *seksuaalisen teon* määritelmän kanssa askartelevaa ratkaisua KKO 2005:93. Klemetti ei kerta kaikkiaan pysty käsittämään, miten yhtäältä tekijänsä tarkoitukseen sidottu rikosoikeudellinen seksuaalinen teko ja toisaalta teon merkitys uhrin kannalta ovat rikoslainsäädännössä toisistaan erillään. Tapauksessa pohdittiin, oliko alaikäisille lapsilleen toistuvasti pitkiä kielisuudelmia antanut isä syyllistynyt lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön. Klemetti toteaa KKO:n suorittaman erilaisia kulttuurisia tervehtimis- ja hellyydenosoitustapoja koskevan tarkastelun ”epäolennaiseksi ja ylimääräiseksi hukkakonstruktiksi”. Jokainen rikoslainoppinut tietää, ettei asia näin tieteenkään ole – niin kauan kuin seksuaalisen teon määritelmä on sidottu vastaajan (eli isän) tarkoitukseen. Rikoslainoppinut lukija kokee lähinnä myötähäpeää Klemetin tiivistäessä ratkaisun *ratio decidendi*si pitkäkestoisten ja toistuvien kielisuudelmien sallittavuuden niin kauan kuin tämän tekee avoimesti (s. 184). En usko oikeusneuvosten itsensäään ajatelleen ottaneensa kantaa kielisuudelmien sallittavuuteen. Sen sijaan kyse on ollut siitä, oliko isä syyllistynyt RL 20:6.1:n lapsen seksuaaliseen hyväksikäyttöön. Muiden kysymysten ratkaiseminen vaarantaisi vastaajan oikeusturvan.

¹³⁸⁷ KKO 2011:1 kohta 8. Klemetti viittaa kyseiseen perustelukappaleeseen kyllä suoralla lainauksella (Klemetti 2014 s. 54), mutta toteaa heti seuraavassa lauseessa vastaajan tulleen tuomituksi seksuaalisesta hyväksikäytöstä, vaikka seksuaalista tekoa ei ollut pystytty näyttämään!

oikeustapauksia ergodisesti lukien löytää niistä ”monireittisiä labyrinthteja”, ”toteutumattomia metamorfooseja” ja vaikka ”torjuttuja premissejä” ei ole järin suuri uutinen. Klemetin tutkimuksen ongelma onkin siinä, että yhtäältä *tekstien* ergodisuus ja toisaalta *lukutavan* ergodisuus menevät jatkuvasti sekaisin. Lopputuloksena on joukko ergodisia tekstejä, joita Klemetti lukee ergodisesti, ja joita on ergodisesti luettava, koska ne ovat ergodisia – ilman ergodiaa kun ei ergodiaa ymmärrä.¹³⁸⁸ Uupunut lukija ei voi kuin kysyä, miksi ihmeessä joku haluaisi lukea tekstejä ergodisesti?! Kyse on juuri siitä Raimo Siltalan vetämässä ”tutkijan aapiskoulussa” kuulemastaan ja nerokkaaksi luonnehtimastaan kysymyksestä, johon Klemetti itsekin viittaa: ”*what concrete difference will it make in anyone’s actual life?*”¹³⁸⁹ Tätä Klemetti tivaa tarkastelemiltaan ylempien oikeusasteiden ratkaisuilta sellaisella ponnekkoudella, että unohtaa asettaa saman kysymyksen omalle tutkimukselleen. Näin Klemetti päätyy toteuttamaan oman tutkimuksensa ratio scriptaa: tuomioistuinratkaisut ovat ergodisia ja niitä on ergodisesti luettava – katsokaa vaikka: kun niitä oikein ergodisesti luen, näyttäytyvät ne ergodisina! Niin kauan kuin Klemetti ei kykene kertomaan, miksi jotain pitäisi lukea ergodisesti (vaikkapa rikoslainopillisen tai allegorisen sijasta), en jaksa uskoa hänen tutkimuksellaan olevan järin suurta ennustetta muuttaa juuri mitään miksikään – ei, vaikka hänen vastaväittäjään toiminut (ja siis edellä mainitun aapiskoulun vetäjä) Raimo Siltala juuri päinvastaista ennustaakin¹³⁹⁰.

Naulan kantaan Siltala osuu sen sijaan ergodista lukutapaa käsittelevässä vuonna 2019 julkaistussa tekstissään, jossa hän toteaa erilaisten *piilevien premissien* jahtaamisen tuomioistuinratkaisusta johtavan helposti varomattoman tutkijan erilaisten salaliittoteorioiden maailmaan¹³⁹¹. Ergodisen luennan tarkoitus jää myös Siltalan tekstissä hyvin epäselväksi. Myös Siltala näyttäisi tavoittelevan ergodisella lukutavalla sen perustelemista, että oikeudellinen tieto on aina normatiivis-konstruktivistista, ja oikeudellinen ratkaisu näin perusteltavissa vain sekä

¹³⁸⁸ Esim. Klemetti 2014 s. 137–138, jossa tämä toteaa oikeustapausten käsittelyn osoittaneen tuomioistuinten ratkaisujen olevan pääsääntöisesti monireittisiä muuttuvia labyrinthteja ja niiden lukemisen vaativan ergodista lukutapaa. Ilman tätä kun ei kokonaiskuvaa ole mahdollista hahmottaa. Kun pitää mielessä, että oikeustapauksia on edellä luettu juuri ergodisesti, on ergodinen oravanpyörä valmis.

¹³⁸⁹ Klemetti 2014 s. 115. Klemetti kertoo kysymyksen yhdysvaltalaiselta pragmatikko William Jamesilta poimituksi.

¹³⁹⁰ Siltalan 2015 erit. s. 312, jossa Siltala huudahtaa ”It makes all the difference!” – ”aika moni asia muuttuu tavassa, jolla nyt luemme korkeimman oikeuden prejudikaatteja”. On ylipäänsä hämmentävää, ettei *vastaväittäjä* kykene löytämään ”vastaan väittämäästään” työstä käytännössä muuta puutteellista, kuin vuoden 1734 rikoskaaren nimittämisen autonomian ajan laiksi sivulla 67 (s. 312). Siltalan lausunto onkin lähinnä mainosluonteinen referaatti, jossa yritetään tehdä lukijalle selkoa siitä, mitä Klemetti oikein väittää. *Lausunto* se on kai sekin, muttei vastaväittäjän. Eikä *mainoksenakaan* kummoinen niin kauan, kuin ei perustele, miksi kyseisiä ajatuksia olisi syytä ostaa. Näin kuusi vuotta jälkiviisaampana voitaneen todeta, ettei Klemetin työllä ainakaan vielä ole ollut juuri minkäänlaista vaikutusta siihen, miten prejudikaatteja luetaan. Ja näin jälkiviisastelijana uskaltaudun väittämään, että tämän olisi saattanut hieman kriittisemmin lukien nähdä jo vuonna 2014. Sama meno kuitenkin jatkuu Siltalan omassa oikeudellisia konstruktioita käsittelevässä vuoden 2019 tekstissä, jonka kohdalla on monin paikoin vaikea tietää, mikä on Siltalan omaa ajattelua, mikä Klemetiltä lainattua – tai tälle opetettua. Ks. esim. s. 288 alav. 65, jossa Siltala muistuttaa käyttäneensä itse edellä luennoillaan toisenlaista terminologiaa kuin mitä Klemetti väitöskirjassaan ehdotti. Lukijan epäonneksi Siltala ryhtyy lisäksi korvaamaan Klemetin termejä omillaan siten, että esim. ”transformerista” tuleekin ”siltafraasi” (s. 291 alav. 70). Kun aapiskirja on edelleen julkaisematta (ks. oman tutkimukseni alav. 19), ei lukijaparka tosin tiedä, mikä alun perin on kenenkin... Sinällään myös Siltalan omat ergodiset lukusuoritukset jäävät rikoslainopin näkökulmasta pitkälti yhtä käsittelemättömiksi kuin Klemetinkin. Esim. ratkaisusta KKO 2013:82 Siltala löytää ”perinteisen rikosoikeudellisen tavan hahmottaa henkirikoksen todennäköisyyttä pohjoismaisen todennäköisyyshallisuuden täydentämisenä puhtaasti tilastotieteellisellä analyysillä” sekä ”selvästi todennäköisempää” -tahallisuuskriteerin soveltamisena. Näin korkein oikeus tulee Siltalan mukaan osittain dekonstruoinneeksi rikosoikeudellisen tahallisuuskonstruktion arvostelulle alttiilla tavalla. (Siltala 2019 s. 283–284 ja 298) Ottaen huomioon tilannetta koskevan ja seuraustahallisuuden alarajan nimenomaan todennäköisyyshallisuusmallin avulla jäsentävän RL 3:6:n legaalimääritelmän, on vaikea ymmärtää, miten korkein oikeus dekonstruoi tapauksessa tahallisuuskonstruktioita. Rikoslainopin näkökulmasta olisi sen sijaan käsittelemättömiä, jos korkein oikeus ei nimenomaan kyseistä säännöstä soveltaisi. Muu olisi yksinkertaisesti *lainvastaista* (näin esim. Hyttinen 2015 s. 92, joka puhuu tältä osin tapauksesta suoranaista ”rutiinijuttuna”). Siltala, joka ei esityksessään tukeudu yhteenkään tapausta koskevaan *rikoslainopilliseen* analyysiin ei tällaista näytä kerta kaikkiaan ymmärtävän. Eikä tällaista ymmärrystä saavuta ruotsalaisia pohdintoja lukemalla (s. 298 alav. 76) – heillä kun ei vastaavaa legaalimääritelmää ole ja tahallisuuden alaraja perustuu ylipäänsä erilaiseen ajatusrakennelmaan!

¹³⁹¹ Siltala 2019 s. 288.

oikeusnormien että oikeudellisten konstruktioiden avulla; ”*It Takes Two to Tango*”! Siltala huudahtaa.¹³⁹² Ongelma on lopulta tismalleen sama kuin Klemetin tutkimuksen kohdalla; mitä arvoa on sillä ”aapistotuudella”, että ergodisesti tekstejä lukemalla ne näyttäytyvät ergodisina? Mitä tämä ketään liikuttaa? Tätä eivät edes hauskat englanninkieliset fraasit muuta miksikään.

Klemetin väitöskirjaa voi verrata Mirjami Pason väitöskirjaan *Viimeisellä tuomiolla* (2009), jossa luetaan niin ikään prejudikaatteja – tällä kertaa tosin korkeimmasta oikeudesta sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimesta ja keinona *retorinen analyysi*. Lähtökohta on lopulta varsin lähellä Klemetin tutkimusta. Paso toteaa retoriikan alkavan siitä, kun puhuja, kirjoittaja tai auditorio ymmärtävät kielen keinot ja resurssit kysymyksenalaisiksi – kun sanottu jättää tilaa arveluille, vaihtoehtoisille merkityksille, tulkinnoille ja neuvotteluille. Tätä kautta saavutettuja johtopäätöksiä kun voidaan aina epäillä.¹³⁹³ Kieli ei ole luonteeltaan viileän neutraali, eikä oikeudellinenkaan kielenkäyttö ja argumentaatio ole tällaista. Sen sijaan se vaikuttaa paitsi järkeen myös tunteisiin.¹³⁹⁴ Klemetin tavoin myös Paso siis löytää tuomioistuinratkaisuksista paljon muutakin kuin johdonmukaisesti ja jonkinlaisella loogisella viileydellä ja välttämättömyydellä eteneviä päättelyketjuja. Klemetin tavoin myös Paso on ennen kaikkea kiinnostunut tuomioistuinratkaisujen kielestä niiden aineellisoikeudellisen sisällön sijaan.¹³⁹⁵ Ja Klemetin tavoin myös Paso löytää niistä etsimänsä; tällä kertaa aristoteeliseen retoriikkaan palautuvat argumentaation arkkityypit eli *logoksen*, *ethoksen* ja *pathoksen*.

Paso siis tyypittelee KKO:n ja EY-TI:n ennakkopäätöksissä¹³⁹⁶ esiintyviä argumentteja logos-, ethos- ja pathos-argumentteihin kysyen, millaista näiden tuomioistuinten ennakkopäätösretoriikka on, onko se muuttunut siirryttäessä 1990-luvulta 2000-luvulle, ja millaisia eroja ja yhtäläisyyksiä tuomioistuinten väliltä tältä osin löytyy¹³⁹⁷. Käytännössä hän *lähilukee* kyseisten tuomioistuinten ratkaisukäytännöstä valitsemansa ennakkopäätökset suorittaen samalla edelliseen tyypittelyyn perustuvan retorisen analyysin sekä kahden eri lainkäyttöjärjestelmän välisen oikeusvertailun¹³⁹⁸. Lukijalle tämä lähiluku välittyy ennen kaikkea Pason

¹³⁹² Siltala 2019 s. 254, 256 ja 299.

¹³⁹³ Paso 2009 s. 18–19.

¹³⁹⁴ Paso 2009 s. 23–24 ja 152–153. Paso toteaa, ettei emotionaalisia viitteitä sisältämätöntä inhimillisen kommunikaation muotoa ole olemassakaan. Kieli on täynnä kaiken muun ohella emotionaalisesti latautuneita sanoja ja dikotomisii sanapareja kuten esim. *laillisuus / laittomuus, teko / laiminlyönti* jne. jne.

¹³⁹⁵ Tästä nimenomaisesti Paso 2009 s. 66 ja 77. Muodollista kieltä ja aineellisoikeudellista sisältöä on tietysti vaikea kovin tarkasti erottaa toisistaan. Esim. Klemetti on nähdäkseni huomattavasti Pason kiinnostuneempi myös tuomioiden aineellisista lopputuloksista.

¹³⁹⁶ Tarkalleen ottaen tarkastelun kohteena ovat KKO:n osalta vuosina 1995–1997 ja 2001–2007 julkaistuista ratkaisuksista ne, jotka KKO on luokitellut asianajajien ”työpalkka”, ”työsopimuksen irtisanominen”, ”työsopimus” ja ”työturvallisuus” alle. EY-TI:n osalta tarkastelun kohteena ovat samoina vuosina oikeustapauskokoelmassa otsikoiden ”henkilöiden vapaa liikkuvuus”, ”henkilöstö” ja ”sosiaalipolitiikka” alla julkaistut ratkaisut. Molemmista tuomioistuimista ratkaisuja on mukana yhteensä noin 90. (Paso 2009 s. 73)

¹³⁹⁷ Paso 2009 s. 19–20, 47, 69 ja 308. Logos-ethos-pathos-kolmijaon Palo yhdistää nimenomaan Aristoteleen teokseen *Retoriikka* (s. 41 alav. 95). Logos-argumentaatiolla hän viittaa tiedolliseen vaikuttamiseen (”asia-argumentaatio”), ethos-argumentaatiolla puhujan luonteen ja uskottavuuden ilmentämiseen sekä pathos-argumentaatiolla yleisön vastaanottokykyyn vaikuttamiseen sen tunnetilan kautta (esim. s. 20–22). Kyseiset argumenttityypit eivät tietystikään ole täysin tarkkarajaisia, vaan menevät osittain päällekkäin, minkä johdosta sama argumentti voi olla yhtä aikaa vaikkapa niin ethos- kuin pathos-tyyppinen (s. 102). Esim. s. 139–140 Paso katsoo (auktoritatiivisiin) oikeuslähteisiin viittaamisen ethos-argumentiksi, vaikka moni (juristi) pitäisi tätä ensisijaisesti nimenomaan logos-argumentointina. S. 152–156 Paso näyttäisi ymmärtävän ”pathoksellisuuden” jonkinlaisena kielen yleispiirteenä, mitä kautta olennaiseksi muodostuu se, perustuvatko väitteet vain jonkinlaisiin puhtaisiin pathos-argumentteihin, vai myös johonkin muuhun. Edellisen kolmijaon ohella Paso hyödyntää retorisisen analyysissään vielä neljättä tasoa, jossa huomio keskittyy tuomioistuinratkaisuun kokonaisuutena (s. 20–21, 102–103 ja 108).

¹³⁹⁸ Paso 2009 s. 89–108, jossa Paso erittelee tutkimusmenetelmikseen nimenomaan *oikeusvertailun* ja *retorisen analyysin*. Itse retoriset analyysit (s. 111–164 ja 198–270) Paso on otsikoinut ”lähilukemiseksi”.

prejudikaateista esittämien suurin lainauksin, joita Paso pyrkii liittämään yhteen argumentaatioketjuiksi¹³⁹⁹.

Paso onnistuu löytämään kaikkia argumenttityyppejä molempien tuomioistuinten perustelukäytännöstä. Itse asiassa Paso pitää niin KKO:n kuin EY-TI:nkin asia-argumentaatiota siinä määrin puutteellisenä ja ”epäanalyttisenä”, että ethos- ja pathos-argumentaatiolle näyttäisi olevan ehkä yllättävänkin suuri tarve. Pason mukaan KKO:n ja EY-TI:n asia-argumentointia voi luonnehtia legalistis-deduktiiviseksi tyyliseksi, joka tunnetaan nimellä ”*European style*”, ja jolle on ominaista ”ajatuksellinen oikominen” johtopäätöksiä esitettäessä. KKO:lle tyypillistä on keskustelun ja dialogin sivuuttaminen siten, että ratkaisut rakennetaan vain johtopäätöksen puolesta puhuvien argumenttien varaan. EY-TI:n tuomiot ovat puolestaan sinällään dialogisempia, mutta pro et contra -punninnassa contranäkökannat jäävät kuitenkin usein lopulta näennäisiksi. Pason johtopäätöksensä on, että oletus siitä, ettei tuomioistuimissa käytettäisi poliittiselle argumentaatiolle tyypillisiä keinoja (etenkin institutionaalista ethosta sekä pathosta) on väärä.¹⁴⁰⁰ Pason mukaan juuri argumentaation muodollisuus, teknisyys ja deduktiivisuus (eli, ettei kirjoiteta aktiivissa, ei käydä sisällöllisesti rikasta pro & contra -keskustelua, annetaan ymmärtää, että on vain yksi mahdollinen lopputulos jne.) aiheuttaa tarpeen etenkin ethos-argumenteille. Ja mitä vahvemmin perustelut tukeutuvat ethokseen, sitä huonommin niitä ymmärtää lukija, jolla ei ole oikeudellista koulutusta. Tämänkaltaisesta ethos-argumentoinnista Paso käyttää myös esimerkkinä kahden oikeusneuvoksen (Koskelo ja Krogerus) sekä Helsingin sanomien toimittajan (Reinboth) välillä syksyllä 2003 ratkaisujen KKO 2001:96 sekä 2002:55 johdosta käytyä keskustelua, jossa oikeusneuvokset varsin harvinaisella tavalla vastasivat julkisesti korkeimman oikeuden ratkaisujen osakseen saamaan arvosteluun. Oikeusneuvokset tosin painottivat, ettei heidän vastineessaan ollut kyse päätösten selittämisestä, vaan ainoastaan sen esiin nostamisesta, *mistä tapauksissa oli kysymys*. Tuomioiden ymmärtäminen kun edellyttää väistämättä – enemmän tai vähemmän – juridisia taustatietoja. Paso huomauttaa oikeusneuvosten argumentointityylin (”ratkaisujen oikea ymmärtäminen edellyttää riittävän huolellista perehtymistä”) paitsi luonteeltaan elitistiseksi myös retorisesti ethokseksi tai pathokseksi, jossa asetutaan keskustelukumppanin yläpuolelle.¹⁴⁰¹

Klemetin ja Pason väitöskirjat konkretisoivat hienosti, kuinka prejudikaatteja voi lukea hyvin erilaisia teoreettisia malleja ja tavoitteenasetteluita silmällä pitäen – ja niistä hyvin erilaisia seikkoja löytäen. Sekä Klemetti että Paso onnistuvat omien lukutapojensa kautta nostamaan ennakkotapauksista esiin seikkoja, joita vaikkapa ”tavanomainen” rikoslainopillinen analyysi ei varmastikaan tavoittaisi. Molemmat työt osoittavat, kuinka ennakkotapauksia voi tulkita eri tavoin.

Paso katsoo vaihtoehtoisten tulkintojen kanssa operoivien ja elämöivien – toisinaan pahantahtoisiksikin katsottujen – juristien huonon maineen liittyvän ”rationaalisten” ajattelijoiden markkinoimaan ajatukseen juridisesta rationaalisuudestaan jonkinlaisena

¹³⁹⁹ Sitaatit Paso pyrkii suorittamaan asiakokonaisuuksittain mahdollisimman kattavasti (Paso 2009 s. 403–404).

¹⁴⁰⁰ Paso 2009 s. 284–290, 299–300 ja 303. Paso on kuitenkin väitteidensä osalta sekava, osin ehkä ristiriitainenkin. Esim. s. 186, 296 ja 308 Paso toteaa, ettei ”selkeitä” tai ”puhtaita” pathos-argumentteja KKO:n perusteluista (juurikaan) löydy. Syynä epäselvyydelle lienee ennen kaikkea se, että Paso jakaa pathos-argumentaation voimakkaaseen ja heikkoon muotoon (s. 158) ja puhuu siitä lisäksi jonkinlaisena kielen yleispiirteenä (s. 152–156). Tältä osin lienee selvää, että KKO:n harjoittama pathos on nimenomaan heikkoja ja hillittyä.

¹⁴⁰¹ Paso 2009 s. 165–185, 190–191 ja 311.

matematiikan kielen esikuvaa seuraavana mallina¹⁴⁰². Esimerkiksi oma tutkimukseni edustaa luullakseni ”tavanomaisten” rikoslainopillisten totunnaissääntöjen valossa juurikin jotain tämänkaltaista elämointiä. Olen yrittänyt pitkin tutkimustani jankuttaa ja myös osoittaa, ettei yhtä juridista rationaalisuutta ole olemassa. Myös Paso ja Klemetti edustavat omanlaisiaan tekstien tulkinnan rationaliteetteja. Näistä Paso on ilman muuta lähempänä omaani¹⁴⁰³. Uskoakseni minun ei ole tarvinnut ”dekonstruoida” tätä tutkimusta varten lukemiani tekstejä sen kummemmin, vaan olen voinut tyytyä pyrkimään ymmärtämään, mitä niiden kirjoittajat milloinkin ihan aidosti yrittävät sanoa. Sen sijaan käyttämäni tekstit ovat dekonstruoineet toinen toisensa. Ne edustavat siinä määrin erilaisia rationaalisuuksia, etteivät monetkaan niistä (sopivasta perspektiivistä tarkastellen) voi suoraan sanottuna sietää toisiaan. Yhdelle perus- ja ihmisoikeuksien on läpäistävä rikosoikeus, toinen kirjoittaa terrorismirikoksista sivuuttaen perus- ja ihmisoikeudet käytännössä tyystin. Yksi haluaa ladata rikosoikeusdogmatiikan kriminaalipolitiikalla, toiselle dogmatiikan keskeisin tehtävä on suitsia kriminaalipoliittisia pyrkimyksiä. Yksi on utilitaristi, toinen hyve-eetikko ja kolmas vielä haluaa seurata velvollisuuksia.

Tältä osin on nostettava esiin vielä kolmas kotimainen prejudikaattien syvälukuun perustuva tutkimus. Kyse on Samuli Hurrin teoksesta *Birth of the European Individual* (2014), jossa Hurri jäljittää Michel Foucault’n modernin subjektin kertomuksesta paitsi inspiroituneena myös Foucault’n teoriaan tukeutuen ”eurooppalainen yksilö”-nimisen oikeudellisen luomuksen syntyä EY-TI:n 1970- ja 1980-luvulla ratkaisemien yksilöiden liikkumista jäsenvaltioiden välillä koskevien ennakkotapausten kautta¹⁴⁰⁴. Tarkastelemiensa ennakkotapausten osalta Hurri ei tyydy ainoastaan lopullisiin ratkaisuperusteisiin, vaan ulottaa syväluvun niiden pohjana oleviin eri osapuolten pitkin prosessia esittämään argumentaatioon. EY-TI:n kontekstissa tämä tarkoittaa toisinaan hyvinkin monilukuista joukkoa niin oikeustapauksen varsinaisia osapuolia, jäsenvaltioiden eriaikaisia tuomioistuimia ja viranomaisia sekä EY-TI:n julkisasiamiestä ja lopulta siis tuomareita. Kyseisten tahojen argumentaatiosta avautuu mitä moninaisimpia oikeudellisen ajattelun tapoja (tai rationaalisuuksia), joiden puitteissa yhdet ja samatkin juridiset instrumentit saattavat tulla käytetyiksi mitä erilaisimpiin ja keskenään jopa päinvastaisiin tarkoituksiin. Ne näyttäytyvät *polyvalentteina*.¹⁴⁰⁵

Foucault’n semiotiikka ja valta-analyysi tarjoavat Hurrille tavan operoida tällä oikeudellisen argumentaation taistelukentällä ja ennen kaikkea kytkeä erilaiset ajattelumallit osaksi laajempaa erilaisten valtarakenteiden kontekstia. Lopulta tutkimuksessa on kyse seitsemän EY-TI:n ennakkoratkaisun ”mikroskooppisesta analyysistä”, joka Foucault’n järkälemäiseen filosofiaan yhdistettynä siis Hurrin mukaan kertoo yhteiskunnassa ilmenevästä vallasta ja oikeuden roolista yhtenä vallan osa-alueena. Loppuviimeksi *eurooppalainen yksilö* on eräänlainen ”hologrammi”,

¹⁴⁰² Paso 2009 s. 137–138. Paso tosin toteaa tekstien tulkinnanvaraisuuden ja esim. matematiikan ja muiden muodollisten järjestelmien keinotekoisuuden olevan nykyisin jollain tapaa itsestäänselvä lähtökohta.

¹⁴⁰³ Yhtäläisyyksiä löytyy tietysti myös Klemettiin. Esim. Klemetin ajatus kriittisestä kokonaisvaltaisesta lähestymistavasta, jossa ”tekstiä otetaan ikään kuin reunoista kiinni ja sitä ravistellaan, jolloin mahdolliset heikkoudet ja puutteet ilmestyvät esiin” (Klemetti 2014 s. 119) on pitkälti siitä, mitä olen itsekin yrittänyt lähdemateriaalini kanssa tehdä.

¹⁴⁰⁴ Hurri 2014 s. i ja 3.

¹⁴⁰⁵ Hurri 2014 s. 142–143; ”At the level of legal battles, the principles of justification are polyvalent instruments (e.g. the same instruments can be used for entirely different purposes, which purposes may even contradict each other – JR). In the theory of legal practice, principles of justification will not merge into a consistent system in a way that would lay down the outcomes of practice if only the reasoning is correct. What defines the outcomes of practice is the use of those principles, not the principles themselves.” Ks. tältä osin myös tarkemmin vaikkapa rikosoikeuteen liittyvä s. 194–196.

johon liittyvien problemien kautta Hurri näkee mahdollisena luoda katse tämänhetkisen olemisemme historialliseen taustaan.¹⁴⁰⁶

Foucault'n muun ohella erilaisiin symboleihin ja niiden järjestelmiin pohjautuva filosofia ei missään tapauksessa liene kaikkein helpoimmin avautuva ja selväpiirteisin tapa lukea ja analysoida juridisia tekstejä, eikä Hurrin esitys sinällään mielestäni ole juuri sen yksinkertaisempi kuin vaikkapa Klemetin ergodinen rakenneanalyysi. Klemetin ja Hurrin tutkimusten välillä on kuitenkin ratkaiseva ero; Hurri ei tyydy osoittamaan, että tarkastelun kohteeksi valittuja tekstejä ylipäänsä voi lukea foucault'laisittain ja että näin ne näyttäytyvät antagonistisena joukkona oikeudellisella taistelukentällä suoritettuja taktisia ja strategisia manöövereitä sekä valloitusyrityksiä¹⁴⁰⁷. Sen sijaan tällä kaikella (rohkenisin sanoa itsestäänselvyydellä) on myös selvä tarkoitus; hahmottaa kuinka ajatus *eurooppalaisesta yksilöstä* kaiken tämän keskellä syntyy ja kuinka tämä edelleen tarjoaa meille mahdollisuuden hieman parempaan itseymmärrykseen valottaen samalla oikeuden roolia yhteiskunnassamme¹⁴⁰⁸.

Nyt kyseessä olevaa omaa tutkimustani voi, saa ja pitää lukea monin eri tavoin. Jos haluaa ymmärtää, mitä yritän sanoa, kannattaa sitä lukea pitäen mielessä, että tarkoitukseni on kuvata rikosoikeudellista tuottamusta suomalaisessa rikosoikeudellisessa maailmassa tai ”järjestelmässä”. Olennaista on se, ettei tätä tutkimusta tule lukea yksinään. Sitä on tarkasteltava kriittisesti muunlaisten ajatusmallien valossa.

Vielä on jäljellä yksi kysymys: *miksi olen kirjoittanut tästä kirjastani näin loputtoman vaikean?*

Tähän vastaaminen edellyttää vielä (uskokaa tai älkää) paljon paljon vaikeammin kirjoittavan Søren Kierkegaardin apua. Kierkegaardia paitsi lukenut myös suomentanut Torsti Lehtinen luonnehtii Kierkegaardin tuotantoa suureksi ristiriitojen draamaksi, joka vyörytetään lukijansa päälle kolmena toinen toisiinsa kietoutuvana virtana; mieltäylentävinä puheina, erinäisillä salanimillä julkaistuina tutkimuksina sekä varta vasten jälkipolvien luettavaksi laadittuina päiväkirjoina. Kierkegaardin henkiseksi testamentikseen kirjoittama *Päättävä epätieteellinen jälkikirjoitus* (1846/1998) avaakin Lehtisen mukaan näköalan Kierkegaardin koko ajatusmaailmaan eräänlaisena puunrunkona, johon hajanaiset muut salanimin kirjoitetut tekstit asettuvat oksiksi.¹⁴⁰⁹

Kyseisessä teoksessa Kierkegaard pohtii (monen muun asian ohella) tiedon *objektiivisuutta* ja *subjektiivisuutta*. Kierkegaardin mukaan yleisellä

¹⁴⁰⁶ Hurri 2014 s. 234, 238 ja 241. Hurri jakaa ”vallan yleisen kentän” (the general field of power) kolmeen osaan: *domination*, *normalisation* sekä *law*. Näistä viimeisen tehtäväksi jää (hieman yllättäenkin) kentän – ja samalla siis yhteiskunnan – pitäminen liikkeessä. Kaksi ensimmäistä kun stabilisoivat sen.

¹⁴⁰⁷ Taktisista ja strategisista oikeudellisen taistelukentän manöövereistä sekä valloitusyrityksistä ks. erit. Hurrin 2014 s. 142 suoritama yhteenvedo *Bouchereau*-tapauksesta.

¹⁴⁰⁸ Hurri 2014 erit. s. 14 ja 237–241.

¹⁴⁰⁹ Lehtinen 2008 s. 148–149 ja 194 sekä Lehtisen alkusanat suomentamassaan teoksessa Kierkegaard 1846/1998 s. 14. Teos ilmestyi alun perin kööpenhaminalaisen C. A. Reitzels Forlagin ”kustantamana”, vaikka kuluista vastasi Kierkegaard itse. Reitzel kun ei halunnut ottaa taloudellista vastuuta kannattamattomaksi arvioimastaan hankkeesta. Arvio osoittautui sikäli oikeaksi, että teosta myytiin sen ilmestymisen jälkeisinä kahtena vuotena yhteensä viitisenkymmentä kappaletta – mikä tosin ylitti roimasti kirjan kirjoittajaksi merkityn pseudonynimi Johannes Climacusen epäilyn siitä, löytyykö kuningaskunnasta kymmentäkään henkiseltä kestäkyvyltään teoksen lukemiseen kykenevää sielua. (s. 15) Laajemmasta aikaperspektiivistä tarkastellen Reitzelin arvio meni kuitenkin sikäli pieleen, että teoksessa esitetyistä (eksistenssi)filosofiasta on myöhemmän (etenkin maailmansotien jälkeisen) innostuksen myötä ehditty kirjoittaa jo satoja väitöskirjoja (Lehtinen 2008 s. 73).

tiedonvälityksellä, objektiivisella ajattelulla ei ole salaisuuksia. Sen sijaan subjektiivisen ajattelun oleellinen sisältö on juuri salaisuus – jo siitä yksinkertaisesta syystä, ettei sitä voi suorassa muodossa ilmaista. Sen sijaan subjektiivinen tieto ja tietämys on *omaksuttava* ja tällaisena se jää salaisuudeksi jokaiselle, joka ei itse ole käynyt samalla tavoin läpi ”kaksoisharkintaa”. Missä tiedon subjektiivisuus ja omakohtaisuus on tärkeää, siellä tiedottaminen on taidetta. Ja koska tällainen *epäsuora* tiedottaminen on totuuden oleellinen muoto, ei totuutta voi tältä osin muulla tavoin ilmaista! Sinällään ei varmastikaan ole miellyttävää saada huomata itse olemassaolon pilkkaavan sitä, joka tahtoo tulla puhtaan objektiiviseksi.¹⁴¹⁰

Juridinen tieto ei ole sama asia kuin Kierkegaardin teoksessaan tarkastelema kristinusko ja kristityksi tuleminen, mutta myös juridiseen tietoon sisältyy vissi subjektiivinen ja omakohtainen puolensa. Juridinen tieto on auttamatta kiinni sellaisessa *kokemuksellisessa tietotaidossa*, jonka ilmaisemisen ja sanoiksi pukemisen kanssa olen läpi tämän teoksen tuskaillut. Löydän Kierkegaardin teksteistä valtavasti tuttua aikana, jona juridiikasta yhä jo monen sadan vuoden yrittämisen jälkeenkin pyritään tekemään jonkinlaista objektiivista, analyyttistä, liki matemaattista, ja tätä kautta jotenkin ”salonkikelpoista” ja ”tieteellistä”. Olen yrittänyt tässä työssäni kyseenlaistaa kotimaisen rikosoikeuden piirteitä, joita en kerta kaikkiaan vielä kaiken tämän tutkimisen jälkeenkään osaa ymmärtää. Ennen kaikkea:

- Yleispreventiivisten mukavuuksien toistelemista täysin tietoisena siitä, että kyseessä on paitsi valinta, myös valinta, johon kovin moni ei kovinkaan vakavissaan tunnu edes uskovan.
- Pakokauhunomaista turvautumista tyhjyyttä kumiseviin perus- ja ihmisoikeussäännöksiin, jotka eivät kerta kaikkiaan pysty ratkaisemaan ongelmiamme sen paremmin kuin monet muutkaan lainopilliset trendit.
- Historiatonta ja oppimatonta ”tieteen” tuottamista jonkinlaiseen määrän itseisarvoisuuteen luottaen ja kaikessa pinnallisuudessaan sellaisella kiireellä, että erilaisiin oppeihin sitoutumisessa niiden omakohtaisen ymmärtämisen sijaan kerta toisensa jälkeen tärkeämmältä vaikuttaa se, että sopiva oppimestari ja sadanpäällikö on (edelleen välttämättä itsekään sen paremmin ymmärtämättä) niihin jo itsensä sitonut.
- Kummallista muka-kriittisyyttä, jossa hyvä mieli ja kollegoiden suosio – tai edes itsensä nolaamatta jättäminen – menevät asioista aidosti ja avoimesti keskustelemisen edelle.¹⁴¹¹

¹⁴¹⁰ Kierkegaard 1846/1998 s. 90–105. Ks. myös s. 194–195 ja 248, jossa Climacus kuvaa, kuinka löytää elämäntehtävänsä. Aikaansaamattomuuteensa tuskastuneena hän huomaa kutsumukseksen tehdä asioita helpomman sijaan *vaikeammaksi* – ja kuinka tämän sisäisen päähänpiston ja ymmärryksen tiedottaminen edellyttää esitystavalta nimenomaan *epäsuoraa* muotoa. Climacus ei halua häiritä muita tyrkyttämällä näille sisäisesti tajuamiaan totuuksia ja ajattelun lopputulosten roinaa, vaan kannustaa näitä omatoimisuuteen, minkä jonkinlaisten valmiiden lopputulosten tarjoilu estäisi. Vaikka tällaiseen pyrkimykseen sisältyy väärinymmärryksen vaara, on Climacus kuitenkin varma tehtävänsä olevan yhtä jalo kuin muidenkin. ”Kun pidoissa, joissa vieraat jo ovat ylensyöneet, yksi omistautuu uusien ruokalajien pöytään kantamiseen ja toinen pitämään oksennuslääkettä saatavilla, niin varmaankin vain ensimmäinen on ymmärtänyt, mitä vieraat vaativat; mutta eikö toinenkin uskaltane sanoa harkinneensa, mikä heidän vaatimuksensa voisi olla?”

¹⁴¹¹ Lopetus-kappaleessa lienee sallittua nostaa esiin tämän kamelin selän katkaissut hiuskarva ja lainoppimme ”oppineisuuden” arkun omissa silmissäni kiinni lyönyt naula. Ehdin useamman vuoden pohtia, olenko vain itse jotenkin sokea tai tyhmä kun liki kaikki niin lainopilliset, oikeusteoreettiset kuin -filosofisetkin kannanotot tuntuivat kummallisilta ja ennen kaikkea perinjuurin valikoivilta ja keinotekoisilta – jotenkin muovin makuisilta. Tuntui siltä, että sinällään mitä fiksuimmat ihmiset väittävät yhtä ja toista perustaan väitteensä erinäisiin täysin tuulesta temmattuihin uskomuksiin, joita eivät eläessään vaikuta ilenneen toden teolla koetella. Syksyllä 2019 satuin lukemaan Juha-Pekka Renton teoksen *Prudentia iuris* (1988), jota rohkenen yhä edelleen

En kerta kaikkiaan malta olla antamatta Kierkegaardin kertoa meille Johannes Climacuksen kautta mitä hienointa tarinaa:

”Annan itselleni oikeuden kertoa tapahtuman, jonka sitä mitenkään sovittamatta lainaan suoraan hullujenhuoneesta. Eräs tällaisen laitoksen potilas haluaa karata ja myös toteuttaa aikeensa hyppäämällä ulos ikkunasta. Hän on laitoksen puutarhassa ja aikoo lähteä kulkemaan vapauden teitä, kun hänen päähänsä pälkähtää ajatus (pitäisikö minun nyt sanoa, että hän on kyllin viisas vaiko kyllin hullu saadakseen tämän päähänpiston?): kun tulet kaupunkiin, sinut tunnistetaan, ja kuljetetaan ilmeisesti saman tien takaisin laitokseen; siis nyt on meneteltävä niin, että puheesi objektiivisella totuudenmukaisuudella saat jokaisen täysin vakuuttuneeksi siitä, että mitä ymmärrykseesi tulee, kaikki on hyvin. Kuljeksiessään miettimässä tätä hän näkee maassa keilapallon, poimii sen ja pistää takinliepeen taskuun. Joka askeleella, jonka hän astuu, lyö kuula häntä kunnioittavasti sanoen p--seesee, ja joka kerran kun se osuu häneen, hän sanoo: pum, maapallo on pyöreä. Mutta eikö maapallo ole pyöreä, vaatiiko hullujenhuone yhden uhrin lisää tuon mielipiteen vuoksi kuten noina aikoina, joina kaikki vielä luulivat, että maa on litteä kuin pannukakku? Vai onko mies hullu, kun hän sanomalla yleisesti totena pidetyn ja kaikkien hyväksymän objektiivisen totuuden toivoo todistavansa, ettei ole hullu? Ja kuitenkin lääkäri juuri tämän vuoksi vakuuttui siitä, ettei potilas ole vielä parantunut, vaikka parantumisen merkinä ei kaiketi olisi voitu pitää sitä, että mies olisi saatu uskomaan, että maa on litteä. Mutta kaikki eivät ole lääkäreitä, ja ajan vaatimuksilla on merkittävä vaikutus kysymykseen hulluudesta, jopa niin, että hetkittäin tuntee kiusausta otaksua, että nykyaika, joka on nykyaikaistanut kristinuskon, on nykyaikaistanut myös Pilatuksen kysymyksen, ja että aikamme tarve löytää jokin lepopaikka julistaa olemassaoloon kysymyksessä: mikä on hulluus? Kun privaattidosentti aina takinliepeen muistuttaessa häntä siitä, että pitäisi sanoa jotakin sanoo ”*de omnibus dubitandum est*” (*kaikkea on epäiltävä* – JR) ja jatkaa reippaasti sellaisen järjestelmän kirjoittamista, jonka joka toisesta kohdasta löytyy riittävästi sisäisiä todisteita siitä, että mies ei ole ikinä epäillyt mitään, niin häntä ei pidetä hulluna.”¹⁴¹²

Kertoman mukaan 500–400-lukujen eKr. taitteessa elänyt kirjailija Simonides sai kuningas Hieronilta tehtäväkseen määritellä Jumalan olemuksen – ja tähän vieläpä useamman päivän aikaa. Kirjailijarukan mieleen tuli lopulta niin monia selkeitä ja syvällisiä ajatuksia, että punnitessaan niistä todennäköisintä hän lopulta menetti kaiken toivonsa totuuden löytämisestä. Kyseisen kertomuksen esittää muiden ohella

luonnehtia painavimmaksi kohtaamakseni kotimaiseksi oikeusfilosofiseksi puheenvuoroksi. Vaikka mitään Totuutta ei tietysti tämänkään teoksen sivuilta löydy (eikä Rentto sellaista väitäkään), en ole pystynyt keksimään syytä, miksei teoksessa esitetyillä näkemyksillä olisi ollut mitä suurinta relevanssia jo 1980-luvulla ja yhä edelleen 2020-luvulla – eli miksei, sen kanssa olisi syytä ryhtyä edes jonkinlaiseen keskusteluun – miksei sitä olisi syytä noteerata – miksei se olisi ns. ”pakollista luettavaa”, jonka kanssa ei tarvitse olla samaa mieltä, jos osaa perustella, missä kohdin Rentto erehtyy (kuten vaikkapa Frände 2016c s. 351 luonnehtii Tatu Hyttisen väitöskirjaa). Havaintoni siitä, ettei juuri kukaan ole koko teosta edes lukenut, – saati innostunut siitä keskustelemaan – saati osaisi sitä (ymmärtäen) kritisoida –, oli kerta kaikkiaan tyrmistyttävä; miten tiedeyhteisölläni voi olla varaa sivuuttaa tällainen työ?! Väitöskirjastani paikoin välittyvä itsevarmuus pohjautuu mitä suurimmassa määrin tältä pohjalta tekemälleni havainnolle: *ehkä se en olekaan vain minä, joka olen sokea ja typerä*. Vaikka haluaisi enemmän tai vähemmän välillisesti totuuden konsensususteoriaan turvautuen sitoa totuutensa jonkinlaiseksi demokraattiseksi tyhmyyden- tai viisaudentahdoksi, ei vielä tämäkään uskoakseni oikeuta sivuuttamaan tällaisia äänenpainoja. Demokratiaan kuuluu keskustelu. Vaivautuneeseen hiljaisuuteen vaipunut demokratia on ihan vain tyhmyyttä. Tai voi se kai olla ulkokultaisuutta, pahansuopuutta, pelkoa, kyvyttömyyttä ja vaikka mitä kaikkea... – mutta tällaisen spekulointi on mielenkiinnontonta johtopäätökseen verrattuna: *ryhtykäämme keskustelemaan!*

¹⁴¹² Kierkegaard 1846/1998 s. 202–203. Jäsentyneempänä, mutta yhtä lailla erilaisia tietämisen muotoja tunnistavana esityksenä hulluuden häilyvästä määrittelystä ks. Koskeniemi 2018.

Michel de Montaigne, joka omia ”esseitään” laatiessaan palaa kerta toisensa jälkeen ajatukseen mitä moninaisimmista erilaisista ja hajanaisista elementeistä koostuvasta *tilkkutäkistä*. Milloin tilkkutäkki ovat hänen esseensä, milloin ihmisteot ylipäänsä, milloin itse ihminen.¹⁴¹³ Montaignen esseistinen tyyli ei uskoakseni ole sattuman tulosta, vaan seurausta perustavanlaatuisesta tavasta nähdä maailma¹⁴¹⁴. Esseissään Montaigne koettelee järkeään ja ymmärrystään mitä erilaisimpiin aiheisiin maan ja taivaan väliltä. *Järki* on Montaignelle paitsi ”työkalu, joka sopii kaikkiin aiheisiin” ja jota on myös kaikkialle sovellettava myös ”kaksikahvainen ruukku, johon voi tarttua oikealta ja vasemmalta” – se löytää puolusteluja mitä erilaisimmille toiminnoille. Se on ”kaksiteräinen ja vaarallinen miekka”, ”monihaarainen keppi” aina lähimmän ja uskotuimman ystävänsä, Sokrateenkin, kädessä.¹⁴¹⁵ Montaignelle *ymmärryksemme* on kuin molempiin jalkoihin sopiva saapikas; monimielinen ja häilyvä – aivan kuin asiakin ovat monimielisiä ja häilyviä¹⁴¹⁶.

Hugenottisotien ja löytöretkien mullistaman sekavan maailmansa ymmärtämistä *yritellyt* Montaigne liittyy esseineen siihen tavanomaisesti juuri Sokrateeseen henkilöityyn joukkoon, jolle viisaus on lopulta kykyä ja rohkeutta epäillä – uskallusta myöntää oman järkensä, tietojensa ja viisautensa vajavuus – sen, että maailman voi nähdä muillakin tavoin. Tällainen on uskoakseni mahdollisuus, ellei maailmaa aidosti myös näe usein eri tavoin. Juuri tämän ilmaisemiseen Sokrates tarvitsee keskustelukumppaneitaan, Montaigne esseitään ja Kierkegaard pseudonyymejään¹⁴¹⁷.

Friedrich Nietzschen oikeutta koskevista ajatuksista ja niiden tulkinnoista yleiskatsausta tekevä Samuli Kulmala toteaa, ettei Nietzsche – ”verrattuna muihin filosofiin” – käytä (tai edes pyri käyttää) yksiselitteisiä tai eksakteja ilmaisuja, vaan päinvastoin vertauksiin ja värikkääseen kieleen turvautuen suorastaan pilkkaa ”systeeminrakentajia” vastustaen näiden kyseenalaistamattomille premissille rakentuvia filosofisia järjestelmiä. Kulmala toteaaakin epäselvyyden Nietzschen ”osittain tietoiseksi” valinnaksi. Nietzsche menee tässä niin pitkälle, että esimerkiksi

¹⁴¹³ Käyttäessään kirjoituksistaan ensimmäisen kerran nimitystä ”essai” – ”yritys”, ”yritelmä” – Montaigne kertoo valitsevansa umpimähkäisesti ensimmäisen eteensä sattuvista aiheista ilman aikomustakaan käsitellä asiaa tyhjentävästi. Kokonaisuuksien sijaan Montaigne näkee asioissa sata eri osaa ja näkökohtaa yrittäen itse useimmiten valottaa niitä jostain epätavallisemmasta näkökulmasta. Lopulta Montaigne kertoo ripottelevansa sanan sinne toisen tänne kokonaisuudesta erotettuina, irrallisina ja suunnittelemattomina tilkkuina (Montaigne 1588/2003 s. 416–417) – tai ”hutaisten kokoonkylhättynä mosaiikkina” (Montaigne 1588/2015 s. 267). Myöhemmin Montaigne toteaa niin tekomme ”vain yhteen ommelluiksi tilkuiksi” (Montaigne 1580/2008 s. 17) kuin ihmisenkin ”kaikessa ja kaikkialla pelkäsi kokoelmaksi sekalaisia ja monenkirjavia tilkkuja” – ”*L’homme, en tout et partout, n’est que rapiècement et bigarrure.*” (Montaigne 1588/2008 s. 534–535). Simonideesta Montaigne kertoo heti seuraavalla sivulla 536. Ja vielä: ”Ihmisjärki on väriseos, joka on luennut suunnilleen yhtäläisellä painolla kaikkiin mielipiteisiimme ja tapoihimme, oli niiden muoto mikä tahansa; rajattomat ovat sen ainekset, rajaton sen kirjavuus.” (Montaigne 1588/2003 s. 151)

¹⁴¹⁴ Montaigne 1588/2015 s. 155–156; ”Elämämme koostuu osittain hulluudesta, osittain viisaudesta. Se joka kirjoittaa siitä vain kunnioittavasti ja sovinnaisesti jättää enemmän kuin puolet sanomatta. ... Minä pidän kohtuudesta enkä ole tarkoituksella valinnut tätä pahennusta herättävää puheenaihetta: Luonto on valinnut sen minun puolestani.”

¹⁴¹⁵ Montaigne 1580/2003 s. 416 ja Montaigne 1580 ja 1588/2008 s. 506 sekä 392, jossa tämä kertoo vastakkaisiin suuntiin osoittavista järkeivistä puolusteluista esimerkkinä tilanteen, jossa kaalinpäitä huuhtelemassa ollut Diogenes totosi ohikulkevalle Aristippokselle, ettei tämän tarvisi mielitellä tyrannia, jos osaisi elää kaalilla. Aristippos vastasi, ettei Diogenes pesisi kaalinpäitä, jos osaisi elää ihmisten parissa.

¹⁴¹⁶ Montaigne 1588/2015 s. 376, ks. myös s. 420 sekä 438–439. ”Oletteko nähneet lasten yrittävän jakaa elohopeamassan täsmälliseksi määräksi pienempiä siruja? Mitä enemmän he puristavat sitä ja yrittävät saada sen tottelemaan itseään, sitä enemmän he kiihottavat tuon jalon metallin vapaudentahtoa. Se tekee tyhjäksi heidän taitonsa, ohenee ja hajoaa lukemattomiin osiin.” (s. 423)

¹⁴¹⁷ Luonnontieteellisesti orientoituneempi lukija voi leikitellä vaikkapa teoreettisen fysiikan 1900-luvun mittaan herättämällä kysymyksellä siitä, miten kielellisesti olisi kuvattavissa se, etteivät tapahtumat näyttäisi noudattavan *menneisyyden / nykyisyyden / tulevaisuuden* varaan viritettyä kieliooppia. Miten sanoa vaikkapa tapahtuman ”olevan” sinulle, mutta ”olleen ollut” (vai ihan vain ”olleen”?) minulle? Onnistuisiko tämä edellistä luontevammin vaikkapa matemaattisin kaavoin (esim. $\Delta S \geq 0$) tai rakkausrunoin – tai vaikka tanssilla tai hiljaisuudella? Aihetta koskevasta pohdinnasta ks. Rovelli 2017/2018 s. 105–114 ja 183, joka itse näyttää viehättäneen Horatiuksen Oodeihin. Tai ks. vaikka Nietzsche 1883–1892/2014 s. 221; ”Oi sieluni, opetin sinut sanomaan ’tänään’ niin kuin sanotaan ’huomenna’ ja ’eilen’, opetin sinut tanssimaan piirileikkiasi yli kaiken tälläisen, sikäläisen ja tulevaisen.”

Giorgio Collin on julistanut jokaisen Nietzscheä tältä poimittujen lainausten avulla tulkitsevan väärentäjäksi, joka Nietzsche-sitaatteja haluamallaan tavalla järjestellen saa tämän sanomaan mitä tahansa haluaakin antaen samalla ymmärtää Nietzschen jotenkin pönkittävän omien ajatustensa arvoa.¹⁴¹⁸ Myös Kulmala tuskailee Nietzschen puutteellisen systematiikan, suoranaisten ristiriitaisuuden ja paradoksaalisuuden kanssa. Kulmala ottaa tämän kaiken lopulta vastaan haasteena, ei oikeustieteellisenä mielenkiinnottomuutena. Lisäksi hän selittää ristiriitaisuuden Nietzschen kohdalla vähemmän ongelmalliseksi, koska tämän tarkoituksellisen provosoiva ja kärjistävä tyyli on lopulta aforistinen – eivätkä ristiriidat tällaisten ”ajatelmien” kohdalla ole niinkään ongelmallisia, kunhan aforismien ydinajatuksot ovat havaittavissa.¹⁴¹⁹

Rohkenisin väittää Nietzschen valitseman tyylin hyvinkin tietoiseksi, eikä moniin muihin filosofeihin nähden sinällään mitenkään tavattoman poikkeukselliseksi valinnaksi.¹⁴²⁰ Uskaltaisimpa edelleen väittää Kulmalan sinällään varmasti ansiokkaassakin katsauksessa jäävän Nietzschen ajattelun – tai ”ajatelmien” – osalta tavoittamatta jotain hyvin olennaista. Nietzsche on filosofi, joka etsii totuutta. Kirjoitusten tai ajatusten johdonmukaisuus kalpenee tämän tavoitteen rinnalla. Mikäli totuus näyttäytyy hänelle vaikkapa juuri sellaisena perspektivisminä tai paradoksaalisuutena, josta Kulmalakin Nietzsche osalta puhuu, ei filosofi voi muuta kuin tehdä tälle kunniaa. Esityksen ristiriitoja on aivan turha lakaista maton alle ja selittää pois puhumalla ajatusten sijaan ajatelmista, tai vaikka mielipiteiden sijaan näkemyksistä tai argumenteista. Totuuden tavoittelu on viheliäisen haastavaa – etenkin, jos sattuu näkemään totuuden viheliäisen haastavana, vaikkapa perspektiivistä riippuvaisena ja paradoksaalisenakin asiana. Esimerkiksi itselleni juridiikka on auttamatta kiinni ihmiselämässä ja ihmiselämä puolestaan toisinaan auttamatta viheliäisen paradoksaalista, haastavaa ja kertakaikkisen ihmeellistä. Se muistuttaa usein huomattavasti jonkinlaista koherenttia systeemiä enemmän Georges Perecin hulvatonta romaania (tai alaotsikkonsakin puolesta nimenomaisesti monikossa *romaaneja*) *Elämä Käyttöohje* (1978/2006); yksi vaihtaa kuudennella kuulla raskaana olevan vaimonsa neljään teatterikoulun pääsykokeissa reputaneeseen kohtalotoveriin tavoitellakseen elinikäistä (ja varmaan suurimman osan mielestä myös tavoittamattomaksi jäävää) unelmaansa näyttelijänurasta (s. 297–303), toinen painattaa kustantajien hylkäämistä kirjastaan lopulta yhden, itselleen omistetun, kappaleen (s. 502–503) ja kolmas menehtyy maha-suolitulehdukseen pureskeltuaan liiaksi pyyhkumeja (s. 197). Oikeus, juridiikka ja myös oikeustiede operoivat kaiken tämän sekamelskan keskellä jalona pyrkimyksenään tuoda tähän kaikkeen (muun

¹⁴¹⁸ Kulmala 2016 s. 64–65.

¹⁴¹⁹ Kulmala 2016 s. 105. Vrt. Malminen 2016 esim. s. 64–67, 75–80 ja 89–90 joka esittää kuvauksen Nietzschen vaiheista ja ajattelusta varsin johdonmukaisena kertomuksena, josta paradoksit ja ristiriidat pikemminkin loistavat poissaolollaan. Malmiselle Nietzsche on monialainen klassiseen ajatteluun perehtynyt intellektuelli, joka vuodesta 1875 lähtien hyödynsi enenevissä määrin historiallisia ja antropologisia keinoja paljastaakseen moraalien intellektuaalisia taustoja (s. 124). Malmisen esitystä seurattessa minun on vaikea uskoa, että olisimme lukeeet samoja tekstejä laisinkaan. Ehkä syynä on se, että oma lukeneisuuteni Nietzschen osalta on sääliittävä. Kulmalan tutkimuksen rohkaisemana uskallan arvella vähintään yhtä mahdolliseksi myös sen, ettei Malminen ole kerta kaikkiaan *ymmärtänyt* lukemaansa – ja kukapa nyt Nietzscheä ymmärtäisikään... Ks. tähän liittyen myös Kavonius 2003, joka tukeutuu ajattelussaan voimakkaasti ja nimenomaisesti Nietzschen ”iloinen tieteen perintöön” (s. 141) sekä vastaväittäjien huoli paitsi värikkäiden filosofioiden yhdistelyn vaaroista myös tietyistä Kavoniuksen esitystä vaivaavasta pintapuolisuudesta (Kamppinen–Pöyhönen 2004 s. 167–170). Rohkenen epäillä, että Nietzsche itse olisi saattanut luonnehtia Malmisen itseään koskevaa esitystä ”kömpelöksi selvyydeksi” (ks. Nietzsche 1882/1989 s. 176).

¹⁴²⁰ Esim. esseististä romaania moraali filosofian tekemisen tapana pohtiva Kovalainen 2012 lienee kanssani samaa mieltä. Ks. myös Kunas 1983 s. 103, joka luonnehtii Nietzschen metaforista, ironista ja poleemista ilmaisutapaa nimenomaan tavanomaisen juridisen kielenkäytön vastakohtaksi – ei siis niinkään jonkinlaiseksi täydelliseksi poikkeukseksi vaikkapa filosofian kentällä.

ohella) edes jotain järjestystä ja koherenssia. Tämä ei tarkoita, että ne voisivat tyystin unohtaa elämisen ihmeellistä sekasotkua. Muuten ne käyvät *elämälle vieraiksi*.¹⁴²¹

Kaiken tämän keskellä saavutetut totuudet saattavat näyttäytyä niiden näkijällekin siinä määrin epävarmoina, ettei niitä kerta kaikkiaan halua mennä julistamaan selkeinä totuuksina kaikelle kansalle. Paljon parempana saattaa näyttäytyä ajatustensa selkeän luettelemisen sijaan tyytyminen stimuloimaan lukijan omaa ajattelua. En usko sattumaksi, että niin Kierkegaard, Nietzsche kuin Montaignekin ovat erinäisistä asemista saati rahoista kilpailemisen sijaan viettäneet aktiivisimmat kirjoitusvuotensa ”vapaina kirjoittajina”, tai ihan vain *ajatellijoina*. Sokrates ei puolestaan liene edes kirjoittanut mitään, vaan tyytynyt ”kättilön” rooliin muiden ajatusten synnyttämisessä avustajana.¹⁴²² Muiden ajatusten synnyttämisessä avustaminen saattaa vaatia

¹⁴²¹ Ja totuuden jahtaamisen viheliäisyydelle uskollisesti en voi olla muistuttamatta, että toisinkin voi (kaiketi) ajatella – vaikka esim. itselläni on valtavia vaikeuksia ymmärtää, miten. Esim. omasta mielestäni filosofisesti hyvinkin valvetuudessa, monelta osin paitsi tarkkanäköisessä myös rehellisessä tutkimuksessaan Hyttinen 2015 myöntää heti alussa *todellisuuden oveluuden* (, jota esim. sinällään ovela ja monenlaisiin tulkintoihin taipuva kielikään ei tavoita) (s. 2), *eletyn elämän kekseliäisyyden* (, joka ylittää perustuslakivaliokunnankin) (s. 41) ja vielä oikeuden valtakunnankin *inhimillisen ristiriitaisuuden* (, jota lainsäätäjä ei tavoita) (s. 28), vieläpä epämiellyttävän *inhimillisyyden* juuri siellä, missä pitäisi olla mekaniikkaa, puhdasta oikeutta ja totta (eli oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa) (s. 29). Päättyyppä hän rikosoikeudenkin osalta puhumaan suoranaista *skitsofreniasta* (s. 125–127 ja 387)! Tästä huolimatta Hyttinen valitsee tutkimisen tavakseen (tai tyylikseen) *analyytisyyden*, jonka yhdistää analyyttisen filosofian traditioon ja jonka katsoo ”tutkimusteknisesti” tarkoittavan sitä, että ”hyvin ajateltu on nopeasti sanottu”. Ja näin Hyttinen siis ajattelee voivansa suhteellisen suppeassa sivumäärässä tarkastella tutkimusteemaansa monipuolisesti! ”Rikosoikeusorientoitunutta tutkimusta” pitäisikin hänen mukaansa kirjoittaa ”johtomukaisesti ja riisutusti mutta saksalaistyyppistä pikkutarkkuutta ja kaavoja vältellen”. (s. 25–26) Lisäksi Hyttinen katsoo voivansa harjoittaa tätä ”selektiivisen viittaustekniikan” varassa, jossa jokaisen relevantin lähteen sijaan viitataan vain ”olennaiseen” (s. 34), ja kertoo suhtautuvansa ”nuivasti” muiden ajatusten referointiin sivukaupalla (, joskin haluaa kuitenkin erottaa tästä omien ajatustensa kontekstualisoinnin) (s. 147 alav. 61). En kerta kaikkiaan voi ymmärtää, miten ihmeessä *ristiriitaisesta* ja *ovelasta* asiasta voisi ajatella kirjoittavansa *nopeasti* ja *riisutusti*, mutta samanaikaisesti kuitenkin jotenkin monipuolisesti. Itse väitän kirjoittaneeni oman tutkimukseni epäjohtomukaisesti ja ylitsevuotavasti (mukaan lukien paikoin saksalaiseen pikkutarkkuuteenkin sortumisen) ja jääneeni silti kauhistuttavan kauas asian kovinkaan monipuolisesta haltuunottamisesta! En voi kuin todeta monipuolisuuden riippuvan tietyistä näkökulmasta – ja oman näkökulmani siis erilaiseksi kuin Hyttisen. Omasta näkökulmastani Hyttisen monella tapaa hieno ja *sensitiivinen* esitys on lopulta sitä samaa raivokkaan epätoivoista väkivaltaa, jolla erinäiset analytytikit vuodesta toiseen yrittävät ahtaa oikeuden ja elämän kaltaisia teemoja niitä kerta kaikkiaan ymmärtämättä aivan liian pienin ja kerta toisensa jälkeen väärän muotoisiksi rakentamiinsa hähkeihin (, joista ”rationaalinen konsensus” lienee viimeisin villitys). En voi kuin nyökytellä hyväksyvästi sille, että epäily lähdeainetoksi päättyneen materiaalin relevanttisuudesta ja riittävydestä sentään kalvaa Hyttistä läpitunkevalta tavalla (s. 30). Niin se kalvaa oman tutkimukseni kohdalla minuakin – ja erittäin hyvä niin! Olen tismalleen samaa mieltä Hyttisen kanssa siitä, kuinka internet-maailmassa(kaan) pelkkä lähteiden määrä ei vielä kerro mitään kirjoittajan lukeneisuudesta (s. 34). Ehkä näkemyseromme Hyttisen kanssa kiteytyvät lopulta siihen syvyyteen, mihin asti olemme valmiita ulottamaan sinällään kai pitkälti yhtenevän näkemysemme juridisten totuuksien monimutkaisuudesta ja argumentatiivisuudesta (kuten arvelin jo I-osan alussa). Hyttinen ulottaa (kiperiin) syylisyyksysmyyksiin sisäänrakennetuksi tunnistamansa ”*eksistentiaalistisen päätöksenteon problematiikan*” (ja siitä seuraavan vastuun) lain soveltamistoimintaan ja ennen kaikkea tuomareihin (s. 50, 124–126 ja 191). Rikosoikeuden tutkijana tämä *ahdistus* säteilee vain kyseisen lain soveltamiseen liittyvän ongelman kautta. Hyttisen ”rikosoikeudellinen skitsofrenia” ulottuu lain soveltamiseen, ei enää rikosoikeuden (mukaan lukien rikoslain soveltamisen) tutkimiseen! (s. 127) Itselleni eksistentiaalistinen syylisyyden kanssa kamppailu ulottuu myös omassa tutkimuksessaani suorittamiini valintoihin – jossa lopulta kaikki tapaukset ovat tavalla tai toisella ”kiperiä”. Ja tämä lienee Hyttiselle rikosoikeuden luonteelle vierasta subjektiivisuutta, mielivaltaa ja nihilismia (s. 303 ja 311 alav. 49) – ”moraalista monologia” (s. 313) – ja hermeneutiikkaa, jota kaikkea vastaan on taisteltava! Vaikka sitten arkijärjelle vieraat metafysiset oletukset aseinaan – ideaaliset keskustelutilanteet, rationaaliset konsensukset ja arkkienkelit mukaan lukien. (s. 321–323 (arkkienkeleistä jo s. 282–292)) Ks. Hankamäki 2008 s. 136, joka vetää analyyttisen filosofian ja eksistentssifilosofian rajan mm. seuraavasti: ensimmäisessä ideana on, että kuvatessaan maailmaa kieleemme jokainen lause on aina jo ”sinänsä järjestyksessä”, jälkimmäisessä jokainen lause on täsmälleen päinvastoin yhtä vähän järjestyksessä kuin se maailma, josta lauseen kieli viestii.

¹⁴²² Ks. Montaigne 1588/2008 s. 275, jonka suomentaja huomauttaa leikkivän ranskalla. Ranskaksi kättilö on mm. *sage-femme* – ”viisas nainen”. Ks. myös Hankamäki 2008 s. 126 ja 245–246, joka katsoo lopulta juuri Platonin (Sokrateen oppilaan ja kirjurin (s. 35) tai ehkä koko Sokrateen keksijän (s. 245)), Nietzschen ja Kierkegaardin onnistuneen luomaan *filosofiahan perennistä*, ikuista filosofiaa. Juuri heidän kaunokirjallinen ja dialoginen ajattelunsa on edelleen elinvoimaista erilaisten ”systeemifilosofien” ja soveltavien eetikojen käytännöllisten elämänohjeiden jäädessä elämälle vieraiksi. Jälkimmäisten tutkimukset kertovatkin Hankamäen mukaan usein varsinaisten tutkimuskohteidensa sijaan pikemminkin siitä, miten hypoteesit kohteidensa testaamiseen soveltuvat. Lopulta kyse on ”filosofisesta kokonaisotteesta” ja *tyylistä*, joka ei liity ainoastaan esittämiseen, vaan sisältää myös kannanoton ”joko elämää hallitsemaan pyrkivän ”soveltavan filosofian” tai todellisuutta myötäelävän ajattelemisen puolesta”. Ks. myös s. 171–175 ja 181, jossa Hankamäki asettaa samaan tapaan vastakkain systeemifilosofit ja hermeneutikot. (Lukien Georg Henrik von Wrightin ja ”eräiden lainoppineiden oikeusfilosofien” (etenkin kai Habermasin (s. 186)) harrastaman ns. *analyyttisen hermeneutiikan* näistä ensimmäiseen – ja siis jonkinlaiseksi *filosofisen hermeneutiikan* ja *eksistentssihermeneutiikan* väärinymmärryksiä.) Kotimaisen oikeustieteen saralla tunnetuin ”analyyttinen hermeneutikko” lienee Aulis Aarnio, joka näyttäisi yhdistävän ”hermeneuttisuutensa” nimenomaan analyyttisen käsitteanalyysin täydentämiseen uudella retorikalla ja argumentaatioteorialla – filosofisesti kai eritoten Chaim Perelmanilla sekä ns. myöhemmällä Wittgensteinillä (ks. erit. Aarnio 2014 s. 83, 90–92 ja 96). En voi olla jakamatta Hankamäen näkemystä siitä, että tällaisella kattauksella ”hermeneutiikka” jää varsin

ajatustensa julistelemisen sijaan pikemminkin kysymysten esittämistä – vaikkapa seuraavasti Nietzschen tapaan:

”On tunnustettava itselleen ainakin tämä: ei olisi mitään elämää, ellei sitä olisi perspektiivisten arviointien ja näennäisyyksien pohjalla; ja jos tahdottaisiin kerrassaan hävittää ‘näennäinen maailma’, niin kuin monet filosofit hyveisen innostuneesti ja tomppelimaaisesti tekevät, niin, edellyttäen, että te voisitte sen suorittaa, – silloin ei ainakaan jäisi teidän ‘totuudestannekaan’ enää mitään jäljelle! Niin, mikä meitä yleensäkin pakottaa otaksumaan, että on olemassa ‘toden’ ja ‘väärän’ olennainen vastakohta? Eikö riitä, jos oletamme näennäisyyden eri asteita ja ikäänkuin sen vaaleampia ja tummempia varjoja ja yleisiä värisävyjä, – erilaisia valöörejä, puhuaksemme maalarien kieltä? Miksi maailma, *joka jotenkin koskee meitä*, – ei saisi olla fiktio?”¹⁴²³

Ihminen, jolla sen sijaan on kamala tarve saada muut ajattelemaan kanssaan samoin syyllistyy oman kokemukseni mukaan huomattavasti helpommin erinäisiin älyllisiin oikopolkuihin. Ja miksei syyllistyisi? Juurihan sanoin hänen haluavan vakuutella muut oikeassa olemisestaan. Etsittäessä muiden hyväksyntää joutuu Totuus väistymään muiden hyväksynnältä. Eräs oikeuden paradokseista piilee kuitenkin siinä, ettei oikeutta koskeva totuus ole irrallaan muiden hyväksynnästä.

Miten tällaisista paradokseista ja ihmeellisyyksistä voisi edes ajatella puhuvansa muuten kuin tavalla, jolla Nietzsche aloittaa *Iloisen tieteensä*?:

”Tämä kirja tarvitsee kenties useampia kuin yhden esipuheen, ja lopulta jäänee yhä vielä jäljelle epäily, voiko ketään, joka ei ole elämässään kokenut jotakin samanlaista, ohjata esipuheilla lähemmäksi tämän kirjan *elämystä*.”¹⁴²⁴

Eikö kaltaiseni tohtorikoulutettava voisi kaiken muun jo esitetyn ohella ohjata vielä oman tutkimuksensa jälkipuheessa omaa lukijaansa lähemmäs ymmärtämistään vetoamalla vielä kerran, vielä kaiken tämän jälkeen näihin mestareihin, jotka vaikuttavat kokeneen jo jotain samanlaista? Vaikka sitten Collinin väärentäjäsyöttöstenkin uhalla?¹⁴²⁵

yksipuoliseksi – tai vähintäänkin varsin kauas hermeneutiikan eksistentialistisesta, tai ehkä paremminkin fenomenologisesta perinteestä.

¹⁴²³ Nietzsche 1886/1984 s. 38–39.

¹⁴²⁴ Nietzsche 1882/1989 s. 7. Ks. myös teoksen *jälkilause*, jossa Nietzsche melkein ehtii muistuttaa lukijaansa oikean lukemisen hyveestä tullen kuitenkin kirjansa henkien hyökkäyksen yllättämäksi siten, ettei hänen autakaan kuin kaivaa esiin säkkiä ja todeta väärinymmärryksi tuleminen ”laulajan kiroukseksi” (s. 241). Hieman selkokielisemmin ks. s. 190–192 pohdinta vakaumusten ja uskon asemasta tieteessä sekä *totuudentahdosta* – haluttomuudesta pettää, edes itseään! Ja vielä s. 231–232 ihmetys siitä, luulemmeko todella jonkinlaiseen totuuteen päästävän lopullisesti nelisnurkkaisen pienen ihmisjärkemme avulla – ja sallimmeko olemassaolomme halventamisen jonkinlaiseksi matemaatikkojen laskutikku-harjoitukseksi – ja kuinka järjetöntä olisi määritellä musiikin *arvo* ”tieteellisesti” sen mukaan, paljonko siitä voidaan laskea tai koodata kaavoihin. Mitä jos emme yksinkertaisesti voi torjua sitä mahdollisuutta, että maailmaan sisältyy äärettömän paljon tulkintoja? Ja aivan viimeisenä ks. s. 238, jossa Nietzsche huomauttaa persoonallisen tyylin hienoimpien lakien epäävän ymmärryksen osalta kuulijoista, mutta avautuvan osalle (korviltaan saman sukuisille). Kirjoittaja kun ei välttämättä suinkaan ole edes *tahtonut* kaikkien ymmärtävän sanomisiaan... Ks. vielä Nietzsche 1883–1892/2014 s. 281, jossa Zarathustra opettaa kotiluolaansa ”viimeiselle ehtoolliselle” kokoamalleen synkeälle seurueelle pahuuden olevan ihmisen paras voima muistuttaen samalla: ”Joka sana ei kuulu joka turpaan. Nämä ovat kauniita, kaukaisia asioita: lampaankavioilla ei ole niihin kajoamista!” Ja vielä Nietzsche 1888/1995 s. 109; ”Mutta kempä viime kädessä tietää, *haluanko* edes, että minua luetaan nyt? – Luoda sellaista, mihin oma aikamme koettelee hampaitaan turhaan; pyrkiä muodon ja *substanssin* puolesta pienoiseen kuolemattomuuteen – koskaan en ole ollut niin kainen, että olisin vaatinut itseltäni vähemmän.”

¹⁴²⁵ Ks. myös Hyttinen 2015 s. 359 alav. 110, jonka mielestä (rikos)oikeustieteellisissä tutkimuksissa tulisi ”välttää turhia viittauksia filosofian klassikoihin” – malttamatta kuitenkaan itsekään pelkästään samassa alaviitteessä olla viittaamatta Baruch Spinozaan. Itse en malta olla huomauttamatta tautologiasta ja välttää oikein mielelläni kaikkea *turhaa*. Kukapa nyt ei ”turhuuksia” välttäisi?!

Lehtinen toteaa Kierkegaardin tuotannon suureksi näytelmäksi, jonka aiheena on lopulta Simonideen kuninkaalta saaman tehtävän tapaan *Jumalan etsiminen*. Teoksesta teokseen Kierkegaard tekee eri salanimien, vaikeaselkoisten ajatusten, eksistenssitasojen, ironian ja huumorin sekä paradoksien kautta matkaa kohti kristillistä uskoa – ihmiselämän korkeimmaksi katsomaansa päämäärää.¹⁴²⁶ Minulle Kierkegaard ei ole kummoinenkaan teologi, mutta sitäkin erinomaisempi (tieteen)filosofi¹⁴²⁷. Kierkegaard painottaa kristinuskon olevan jokaiselle – niin tyhmälle kuin viisaallekin – aivan yhtä *vaikeaa* tehden siitä jonkinlaista tuskaista ja epätietoista paradoksien varassa eksistenssitasolta toiselle ponnistelua. Uskoakseni kristinuskko on päinvastoin jokaiselle – niin tyhmälle kuin viisaallekin – tismalleen yhtä *helppoa*. Syynä tähän eivät ole paradoksien varassa suoritettut ponnistelut, vaan *Hän* – itse kussakin uskon synnyttävä persoona, Pyhä Henki. Kristinuskko on omakohtaisen ponnistelun sijaan jatkuvaa turvautumista tyystin muualta peräisin olevaan armoon. Se on katseen nostamista Häneen, jonka olemme lävistäneet (Jes. 53:5 ja Sak. 12:10). Se on huutamista kärsivän lapsen isän kanssa: *Minä uskon! Auta minua epäuskossani!* (Mark. 9:24) Tämän saa toki nähdä paradoksina tai ihan minä itse kukakin haluaa. Olennaista on se, ettemme olennaisia ole me, isä, älymme, halumme, uskomme, epäuskomme, tai edes eksistoiva dialektinen ajattelumme. Olennaista on Jumala, joka antaa uskon ja parantaa.¹⁴²⁸

Tiede ei kaipaa uskoa, eikä Pyhää Henkeä. Tiede epäilee ja on kriittinen. Ja juuri tämän johdosta sen olisi – ja on ollutkin – syytä kiinnostua monen muun ohella Kierkegaardista. Oikeustieteessä ei ole kyse Jumalasta. Sitä voi – ja pitää voida – harjoittaa lähtien liikkeelle mitä erilaisimmista maailmankatsomuksista, niin jumalallisista kuin jumalattomistakin. Oikeus luo lopulta puutteet *yhdessä* olemiselle – ei *oikeassa* olemiselle.

Oikeustiede jää lopulta mitä ikävimpään välikäteen; se tavoittelee tietoa – totuutta – oikeudesta, joka on sidottu ihmiselämään ja vieläpä siedettävään yhteiselämään. Yhtäältä kaikenlaiset kompromissit saatikka valta-asetelmiin ja vallan käyttöön pohjautuvat toimet ovat totuutta tavoiteltaessa mitä ongelmallisimpia. Toisaalta kompromissit ja valta kuuluvat perustavalla tavalla yhdessä elämiseen. Tässä välitilan ja paradoksin löyhässä hirressä oikeustiede jatkaa monituhatuotista riipuntaa ja rimpuiluaan.

”Juridiken som producent av skenbara svar, vilka likväl är klara och övertygande. Människan som producent av verkliga svar, vilka oftast är otydliga och trevande. Svar utkastade i luften.”

¹⁴²⁶ Lehtinen 2008 s. 170. Vrt. esim. Kierkegaardin, Nietzschen ja Martin Heideggerin ajattelullisia kytköksiä pohtiva Hubert Dreyfus 1993/1998 s. 203–206, joka kiteyttää Kierkegaardin tuotannon kysymykseen siitä, ”kuinka voimme – liu’uttuamme nykyisen intohimottoman ja reflektiivisen asenteen valtaan – saada merkityksen ja sitoutuneisuuden takaisin elämäämme.” Ks. myös s. 227–233, jossa Dreyfus katsoo Heideggerin lopulta tulkitsevan nykyisen olotilamme jumalan poissaoloksi ja tähän liittyväksi ahdistukseksi.

¹⁴²⁷ Aivan samoin kuin edelliset Nietzsche-viittaukseniakaan eivät tarkoita, että allekirjoittaisin moniakaan kohtia tämän ajattelussa. Sen sijaan uskon hänen tavoittaneen jotain hyvin hyvin olennaista ihmiselämään ja sitä koskeviin totuuksiin sisältyvästä auttamattomasta erilaisten perspektiivien varaisesta häilyvyydestä sekä siitä, kuinka kaiken tällaisen sanoittaminen saattaa edellyttää jotain tyystin muuta kuin eksaktien väitelausten listauksen jonkinlaisen matemaattis-logiikan kauneushahanteen varassa. Uskonpa hänen vieläpä itse kysyneen tällaiseen sanoittelun tavalla, joka yhä edelleen tarjoaa mitä arvokkaimman (ehkä jopa vertaansa vailla olevan) perspektiivin todellisuuteemme.

¹⁴²⁸ Asian voi ilmaista myös esim. Caryn 2012 s. 220–221 tikku-ukkokuvaajalla tai lyhyemmin Terapiain sanoin:

*Kaksi vapaata tahtoa,
Yksi luottu, yksi Luoja.
Vain toinen kyyninen,
Vain toinen rakastaa.*

(Etsii, Albumilta: Kovia ääniä ja vaikeita sanoja (1997))

(Lars D. Eriksson, Otänkta tankar¹⁴²⁹)

En ole itse kyennyt löytämään muuta tapaa elää tämän kaiken kanssa kuin mahdollisimman avoimeen ja suoraan keskusteluun antautuminen. Minulla on omat ajatukseni, eikä minulla muuta voi ollakaan. Sama pätee Sinuun ja jokaiseen muuhunkin. Satunnaisen rikosoikeuden tohtorikoulutettavan, tai kuka ikinä oletkaan, ajatukset eivät vielä itsessään ole järin mielenkiintoisia muille oikeutta ajatteleville. Siksi ne on puettava oikeudelliseen argumentaatioon ja siis perusteltava. Tätä kautta ne liittyvät siihen valtaisaan keskusteluun, jota oikeudesta on läpi historian käyty ja käydään yhä edelleen. Lopulta en voi muuta kuin osallistua oman ja sinällään täysin subjektiivisen näkemykseni varassa tähän keskusteluun. Tätä olen tutkimuksessani yrittänyt. Lopulta et voi muuta kuin omasi ja täysin subjektiivisen näkemyksesi varassa arvioida onko sanomisiani syytä uskoa – onko sinulla syytä niitä uskoa – ja siis osallistua edelleen keskusteluun.

Yksityisajattelun ja yhdessä keskustelun raja jää lopulta häilyväksi ja ratkaisemattomaksi. Nuori vihainen ja intoa puhkuva tutkija minussa haluaisi tarttua miekkaan, raapustaa käsittelemiini, ja eritoten vastaan väittämiini, teoksiin Zorron tavoin J-kirjaimet ja huutaa: *En garde!* – Puolustautukaa raukat! Viisaampieni elämäkokemukseen ja esimerkkiin luottava – ja lopulta auttamattomalla varmuudella oikeassa oleva – puoli tyytyy laskemaan kynän, istumaan väsyneenä alas ja toteamaan, kuten muuan kemijärveläinen arkkitehti ja poromies Kiasmassa käytyään:

”Tällaistakin on siis joku mennyt tekemään...”

Niin, tällaistakin voi rikosoikeudesta ja rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta sanoa. Ja tähän kaikkeen minä tällä hetkellä uskon – auttakaa minut pikimmiten takaisin tieteellisesti turvalliseen epäuskoon!

¹⁴²⁹ Eriksson 2002 s. 19.

*Ah, but maybe it's the way you were taught
Or maybe it's the way we fought
But a smile never grins without tears to begin
For each kiss is a cry we all lost
Though there is nothing left to gain
But for the banshee that stole the grave
'Cause we find ourselves in the same old mess
Singin' drunken lullabies*

(Flogging Molly, Drunken Lullabies)

LÄHTEET

Aarnio, Aulis: Onko kohtuus oikeusperiaatteena syrjäyttämässä sekä sopimusvapauden että sopimusten sitovuuden periaatteen? LM 4/1987 s. 400–414.

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989. (1989a)

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan regulatiivinen periaate. Pohdintaa yhden oikean ratkaisun mahdollisuudesta. LM 5/1989 s. 594–617. (1989b)

Aarnio, Aulis: Onko oikeustiede yhteiskuntatiede? LM 5/1993, s. 695–710.

Aarnio, Aulis: Minun oikeusteoriani. Oikeus 2/1994 s. 167–171. (1994a)

Aarnio, Aulis: Muodon uusi tuleminen? LM 3/1994 s. 273–286. (Aarnio 1994b)

Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta. Ajatuksia teoreettisesta ja käytännöllisestä lainopista. Sivut 35–56 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.

Aarnio, Aulis: Uusi varallisuus oikeus – vai vanha? LM 4/2002 s. 515–534.

Aarnio, Aulis: Tulkinnan taito. Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006.

Aarnio, Aulis: Oikeutta etsimässä. Erään matkan kuvaus. Talentum 2014.

Aarnio, Aulis – Mikkola, Matti: Vastaväittäjien lausunnot Rauno Halttusen väitöskirjasta. LM 3/1994 s. 385–405.

Aarnio, Aulis – Tolonen, Hannu: Oikeusteoria. Sivut 171–184 teoksessa Oikeustiede Suomessa 1900–2000 (toim. Urpo Kangas). Werner Söderström lakitieto 1998.

Aichele, Alexander: Ex contradictione quodlibet – Die Untauglichkeit der Äquivalentztheorie zur Erklärung von Kausalität, die Untauglichkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung zur Rechtsfertigung von Zurechnungsurteilen und ein Vorschlag zur Güte. ZStW 2/2011 s. 260–283.

Aine, Antti: Urheilu-oikeuden kantavat periaatteet. Oikeustiede–Jurisprudentia 2011 s. 1–60.

Alanen, Aatos: Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia. LM 1926 s. 97–113.

Alvesalo, Anne – Kivivuori, Janne – Koillinen, Mikael: Oikeuden nykytutkijoihin eniten vaikuttaneet henkilöt. Oikeus 2/2003 s. 163–169.

Amirthalingam, Kumaralingam: Caldwell Recklessness is Dead, Long Live Mens Rea's Fecklessness. Modern Law Review, 67(3), May 2004, s. 491–500.

Andenæs, Johs.: Nyere forskning om almenprevensjonen – status og kommentar. NTfK 1977 s. 61–101.

Anderberg, Andreas: Straffbar oaksamhet. Iustus 2015.

Andersson, Håkan: Topisk retorik inom juridiken. Sivut 111–154 teoksessa Retorik & rätt: sett genom tio författares ögon (toim. Mikael Mellqvist ja Mikael Persson). Iustus förlag 1994.

Andersson, Håkan: Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millenieskiftet. JFT 1–2/2000 s. 22–48.

Andersson, Håkan: 24 preludier utan fuga – Stilövningar samt förberedande tankar om den glada rättsvetenskapen. Sivut 15–46 teoksessa Konsten att rättsvetenskapa. Den tysta kunskapen i juridis forskning (toim. Petter Asp ja Kimmo Nuotio). Iustus förlag 2004.

Andersson, Sten: Positivism kontra hermeneutik. Korpen com. 1979.

Andström, Kristina: Oikeustieteen luonteesta. Oikeustiede–Jurisprudentia 2004 s. 9–43.

Anttila, Inkeri: Syyllisyysvastuuta kohti. LM 1969 s. 625–648.

Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi: Rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Kustannusosakeyhtiö Tammi 1977.

- Aristoteles: Nikomakhoksen etiikka. Suomentajana Simo Knuuttila. Gaudeamus 1989.
- Arzt, Gunther: Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenberg und Publikationsflut. Sivut 839–878 teoksessa Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (toim. Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn ja Georg Schilling. Heymanns 1989.
- Ashworth, Andrew: Principles of Criminal Law. 6th edition. Oxford University Press 2009.
- Asp, Petter: EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv. Iustus 1998.
- Asp, Petter: Om relationalistisk metod eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap. Sivut 47–68 teoksessa Konsten att rättsvetenskap. Den tysta kunskapen i juridisk forskning (toim. Petter Asp ja Kimmo Nuotio). Iustus förlag 2004.
- Asp, Petter: Från tanke till gärning. Del I: Legitimationsfrågor rörande förfälsdelikt. Iustus förlag 2005.
- Asp, Petter: Principen om rättvis bestraffning – alltings grundbult. JFT 5–6/2008 s. 530–543.
- Asp, Petter: Oaktamhet och klandervärdhet. JFT 2–4/2017 s. 593–610.
- Asp, Petter – von Hirsch, Andrew: Straffvärde. SvJT 1999 s. 151–176.
- Asp, Petter – Ulväng, Magnus – Jareborg, Nils: Kriminalrättens grunder. 2. upplagan. Iustus förlag 2013.
- Backman, Eero: Tieteellinen keskustelu ja rikosoikeus erityisesti tieteen kritiikkioikeuden kannalta. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV (1980) s. 11–27.
- Backman, Eero: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Ensimmäinen osa. LM 7/1988 s. 770–801.
- Backman, Eero: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Toinen osa. LM 5/1989 s. 561–593.
- Backman, Eero: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Kolmas osa. LM 1/1990 s. 1–40.
- Backman, Eero: Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti rikosoikeuden kannalta. Lakimiesliiton kustannus 1992.
- Backman, Eero: Onko luonnonoikeus tullut takaisin rikosoikeuteen, joskin toisella nimellä? Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VII (2003) s. 1–13.
- Backman, Eero: Vastaväittäjän lausunto Jussi Matikkalan väitöskirjasta. LM 1/2006 s. 109–117.
- Backman, Jussi: Kaiken takana on jotakin? Heidegger ja perusteen periaate. Sivut 93–109 teoksessa Syy (toim. Heta Gylling, Ilkka Niiniluoto ja Risto Vilkkö). Gaudeamus 2007.
- Bennett, Alan: The Uncommon Reader. Faber and Faber 2007.
- Berman, Harold: Toward an Integrative Jurisprudence: Politics, Morality, History. Californian Law Review (76) (1988) s. 779–801.
- Berman, Harold: The Historical Foundations of Law. Emory Law Journal (54) (2005) s. 13–24.
- Birnbaum, Christian: Die Leichtfertigkeit – zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz. Weifensee Verlag 2000.
- Blomsma, Jeroen: Mens Rea and Defences in European Criminal Law. Intersentia 2012.
- Bloom, Harold: How to Read and Why? London Fourth Estate 2000.
- Bohnert, Joachim: Das Bestimmtheitserfordernis im Fahrlässigkeitstatbestand. ZStW 1982 s. 68–83.
- Boucht, Johan: Mot en kommunikativ straffrätt. JFT 2/2005 s. 121–143.
- Boucht, Johan: Om straffrättslig oaktamhetsbedömning vid frivillig verksamhet förknippad med förhöjd risk. SvJT 10/2013 s. 985–1016.
- Brock, Ditmar: Die Risikogesellschaft und das Risiko soziologischer Zuspitzung. Zeitschrift für Soziologie 1/1991 s. 12–24.
- Brusiin, Otto: Oikeusfilosofia ja käytäntö. DL 1934 s. 243–254.

- Brusiin, Otto: Vastine. DL 1938 s. 449–450.
- Bull, Thomas: Vinklar och vrår. Sivut 69–86 teoksessa *Konsten att rättsvetenskap*. Den tysta kunskapen i juridis forskning (toim. Petter Asp ja Kimmo Nuotio). Lustus förlag 2004.
- Burgstaller, Manfred: Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1974.
- Burkhardt, Björn: Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die ”Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven”. Sivut 99–134 teoksessa *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*. (toim. Jürgen Wolter ja Georg Freund). C. F. Müller 1996.
- Burkhardt, Björn: Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik. Sivut 111–157 teoksessa *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (toim. Albin Eser, Winfried Hassemer ja Björn Burkhardt). C. H. Beck 2000.
- Ceffinato, Tobias: Das Institut der Wahlfeststellung und seine verfassungsmäßige Zulässigkeit. JURA 7/2014 s. 655–665.
- Ciacchi, Aurelia Colombi: Fahrlässigkeit und Tatbestandsbestimmtheit. Deutschland und Italien im Vergleich. Carl Heymanns Verlag 2005.
- Clarke, Randolph: Omissions. Agency, Metaphysics, and Responsibility. Oxford University Press 2014.
- Cornils, Karin: Vom Übersetzen juristischer Texte. JFT 2–4/2017 s. 485–496.
- Dahlman, Christian: Konkurrerande culpakriterier. Studentlitteratur 2000.
- Dannecker, Gerhard: Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts. Sivut 25–40 teoksessa *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (toim. Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz ja Joerg Brammsen). Heymanns 2007.
- Dembour, Marie-Benedicte: What Are Human Rights? Four Schools of Thought. Human Rights Quarterly Vol. 32, No. 1 (2010) s. 1–20.
- Dimock, Susan: Contractarian Criminal Law Theory and Mala Prohibita Offences. Sivut 151–181 teoksessa *Criminalization. The Political Morality of the Criminal Law* (toim. Antony Duff, Lindsay Farmer, S. E. Marshall, Massimo Renzo ja Victor Tadros). Oxford University Press 2014.
- Dreyfus, Hubert: Heidegger nihilismin, taiteen, teknologian ja politiikan suhteista. Sivut 203–233 teoksessa *Heidegger – ristiriitojen filosofi* (toim. Arto Haapala). Suomentajana Ukri Pulliainen. Gaudeamus 1998. Alkuperäinen teksti vuodelta 1993.
- Duff, Anthony: Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law? 6 Buffalo Criminal Law Review (2002) s. 147–184.
- Duff, Anthony: Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law. Hart Pub 2007.
- Duttge, Gunnar: Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten. Mohr Siebeck 2001.
- Duttge, Gunnar: Fahrlässigkeit und Bestimmtheitsgebot. Sivut 13–35 teoksessa *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag* (toim. Hans Joachim Hirsch). O. Schmidt 2003.
- Duttge, Gunnar: Wider die Palmströmsche Logik: Die Fahrlässigkeit im Lichte des Bestimmtheitsgebotes. JZ 6/2014 s. 261–270.
- Duttge, Gunnar: Ein sachgerechter strafrechtsspezifischer Fahrlässigkeitsbegriff: unverzichtbar auch für die Strafjustizpraxis! Sivut 201–213 teoksessa *Festschrift für Thomas Fischer* (toim. Stephan Barton, Ralf Eschelbach, Michael Hettinger, Eberhard Kempf, Christoph Krehl ja Franz Salditt). C. H. Beck 2018.
- Dworkin, Ronald: The Model of Rules. 35 U. Chi. L. Rev. 14 1967–1968 s. 14–46.
- Dworkin, Ronald: Law’s Empire. Fontana Paperbacks, 2nd impression October 1986.
- Ellilä, Reino: Ihmisarvo ja yksilön vapauden turva rikosoikeudessa. LM 1960 s. 504–513.

- Ellilä, Reino: Vastaväittäjän lausunto Pekka Koskisen väitöskirjasta. LM 1973 s. 520–534.
- Erenius, Gillis: Oakksamhet. Studier i straffrätt. Norstedt 1971.
- Erenius, Gillis: Criminal Negligence and Individuality. Norstedt 1976.
- Eriksson, Lars: Rättslig argumentering och den dialiktiska logiken. JFT 1966 s. 445–482.
- Eriksson, Lars: Om olika argumentationsmodeller. JFT 1979 s. 25–51.
- Eriksson, Lars: Marxistisk teori och rättsvetenskap. Juridica 1980.
- Eriksson, Lars: Dan Frändes legalitetsregler – och opponentens bekymmer. Oikeus 1/1989 s. 63–71.
- Eriksson, Lars: Mina metoder. Sivut 57–73 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997. (1997a)
- Eriksson, Lars: Att förstå och att tolka. Oikeustiede–Jurisprudentia 1997 s. 13–25. (1997b)
- Eriksson, Lars: En legalstrategi för 2000-talet. Retfærd 1/2003 s. 21–31.
- Eriksson, Lars: Otänkta tankar. PQR-kultur 2002.
- Ervasti, Kaius: Lakimies, oikeus, yhteiskunta. Oikeus yhteiskunnallisena käytäntönä. Edita Publishing Oy 2017.
- Eskola, Timo: Merkitysten verkossa – raamatuntulkinta ja kielen hermeneutiikka. Iustitia 34/2018.
- Fahl, Christian: Zur Notwendigkeit des Wiedererlernens der Akzeptanz von Unglück in der Welt. JA 11/2012 s. 808–812.
- Fischer, Thomas: Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten. Sivut 63–81 teoksessa Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008 (toim. Winfried Hassemer, Regina Michalke, Wolfgang Koberer, Jürgen Pauly ja Stefan Kirsch). De Gruyter 2008.
- Fischer, Thomas: Die Deal-Entscheidung. Polemik über die rasselnden Federn der Justiz. Sivut 203–212 teoksessa Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag (toim. Robert Esser ja Bahri Öztürk). C. F. Müller 2013.
- Fletcher, George: Rethinking Criminal Law. Oxford University Press 2000. Alkuteos vuodelta 1978.
- Fletcher, George: Basic Concepts of Criminal Law. Oxford University Press 1998. (1998a)
- Fletcher, George: Fall and Rise of Criminal Theory. 1 Buff. Crim. L. Rev. 275 (1998) s. 275–294. (1998b)
- Fletcher, George: Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht. Sivut 235–253 teoksessa Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick (toim. Albin Eser, Winfried Hassemer ja Björn Burkhardt). C. H. Beck 2000. (2000a)
- Fletcher, George: The Nature and Function of Criminal Theory. California Law Review 88(3) May 2000 s. 687–704. (2000b)
- Fletcher, George: Remembering Gary – And Tort Theory. UCLA Law Review, Vol. 50, Issue 2 (December 2002), s. 279–292.
- Fletcher, George: The Grammar of Criminal Law. American, Comparative, and International. Vol. 1. Foundations. Oxford University Press 2007.
- Forstorp, Per-Anders: Mot en asymmetrisk social aritmetik: Lévinas och rättens utmaningar. JFT 6/2005 s. 727–744.
- Foucault, Michel: Sanat ja asiat. Eräs ihmistieteiden arkeologia. Suomentajana Mika Määttä. Gaudeamus 2017. Alkuteos vuodelta 1966.
- Frerichs, Sabine: Oikeus yhteiskuntateoreettisessa ajattelussa: lyhyt historia. Sivut 9–44 teoksessa Yhteiskuntateorioiden oikeus (toim. Toomas Kotkas ja Susanna Lindroos-Hovinheimo). Tutkijaliitto 2010.
- Freund, Georg: Nicht ”entweder – oder”, sondern ”weder – noch”! Zum Verstoß gesetzesalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG. Sivut 35–59 teoksessa Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013. 2.

- Auflage. Teilband 1 (toim. Mark Zöller, Hans Hilger, Wilfried Küper ja Claus Roxin). Duncker & Humblot 2013.
- Frisch, Wolfgang: Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs. C. F. Müller 1988.
- Frisch, Wolfgang: Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar). Sivut 159–198 teoksessa Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick (toim. Albin Eser, Winfried Hassemer ja Björn Burkhardt). C. H. Beck 2000.
- Frisch, Wolfgang: Reflections on the Influence of Philosophy on Criminal Law. NTfK 1/2012 s. 3–18.
- Frisch, Wolfgang: Von theokratischem zu säkularem Strafrecht. Zum Zusammenhang von Staatstheorie und Strafrecht. Sivut 575–586 teoksessa Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag (toim. Frank Saliger, Young-Whan Kim, Christos Mylonopoulos ja Keiichi Yamanaka). C. F. Müller 2017.
- Frände, Dan: Straffrättsdogmatik och kriminalpolitik. Oikeustiede–Jurisprudentia 1985 s. 5–54.
- Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Juridiska föreningen 1989.
- Frände, Dan: Allmän straffrätt: en introduction. Lakimiesliiton kustannus 1994. (1994a)
- Frände, Dan: Faredeliktens allmänna läror. Oikeustiede–Jurisprudentia 1994 s. 5–103. (1994b)
- Frände, Dan: Kirja-arvio Ari-Matti Nuutilan väitöskirjasta. JFT 1997 s. 213–222.
- Frände, Dan: Vastaväittäjän lausunto Kimmo Nuotion väitöskirjasta. LM 1998 s. 675–684.
- Frände, Dan: Gärningsculpa och ”objektive Zurechnung” – några jämförelser. Sivut 237–250 teoksessa Flores juris et legum. Festschrift till Nils Jareborg (toim. Petter Asp, Carl Erik Herlitz ja Lena Holmqvist). Iustus 2002.
- Frände, Dan: Att se det osynliga. Sivut 97–102 teoksessa Konsten att rättsvetenskap. Den tysta kunskapen i juridis forskning (toim. Petter Asp ja Kimmo Nuotio). Iustus förlag 2004.
- Frände, Dan: Teleologisk tolkning och HD:s straffrättspraxis. JFT 5–6/2008 s. 544–552.
- Frände, Dan: Onko viimeinen sana sanottu olosuhdetahallisuudesta? DL 2/2010 s. 157–165.
- Frände, Dan: Straffrätt i tänkta världar – fallet doktor Glas. Teoksessa Festschrift till Per Ole Träskman (toim. Ulrika Andersson, Christoffer Wong ja Helén Örnemark Hansen). Norstedts Juridik 2011.
- Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. 2. uudistettu painos. Edita 2012. (2012a)
- Frände, Dan: Litteratur. Helena Vihriälä: Tahallisuuden näyttäminen. JFT 6/2012 s. 616–620. (2012b)
- Frände, Dan: ”Rechtsgut” as a Finnish Concept – Some Observations. NTfK 1/2012 s. 19–26. (2012c)
- Frände, Dan: Något om brottsbegreppets användning utanför den materiella straffrätten. Sivut 17–26 teoksessa Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012 (toim. Tatu Hyttinen). Turun yliopisto 2012. (2012d)
- Frände, Dan: Objektive Zurechnung – nichts für Finnland? Sivut 271–280 teoksessa Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag (toim. Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy ja Walter Perron). Duncker & Humblot 2013.
- Frände, Dan: Åsa Larsson och det förflutna. Sivut 69–76 teoksessa Oikeuden historiasta tulevaisuuden Eurooppaan. Pia Letto-Vanamo 60 vuotta (toim. Olli Mäenpää, Dan Frände ja Päivi Korpisaari). Suomalainen lakimiesyhdistys 2014. (2014a)
- Frände, Dan: HD:s straffrätts- och straffprocessrättspraxis år 2013. JFT 4/2014 s. 203–237.
- Frände, Dan: Alice Munro och människans felsteg. Sivut 43–54 teoksessa Oikeustieteiden moniottelija. Matti Tolvanen 60 vuotta (toim. Altti Miehö). Edita 2016. (2016a)
- Frände, Dan: HD:s straffrätts- och straffprocessrättspraxis åren 2014 och 2015. JFT 1–2/2016 s. 1–92. (2016b)
- Frände, Dan: Vastaväittäjän lausunto Tatu Hyttisen väitöskirjasta. LM 2/2016 s. 344–352. (2016c)
- Frände, Dan: HD:s straffrätts- och straffprocessrättspraxis år 2016. JFT 1/2017 s. 1–54.
- Frände, Dan: HD:s straffrätts- och straffprocessrättspraxis år 2017. JFT 3–4/2018 s. 195–240.

- Frände, Dan: Vastaväittäjän lausunto Lauri Luodon väitöskirjasta. LM 1/2019 s. 96–105.
- Frände, Dan: Högsta domstolens straffrätts- och straffprocessrättspraxis åren 2018 och 2019. JFT 2/2020 s. 95–214.
- Frände, Dan – Nuutila, Ari-Matti: Kommentti tapaukseen KKO 1994:101. LM 3/1996 s. 482–496.
- Gadamer, Hans-Georg: Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. Hans-Georg Gadamer, Gesammelte Werke, Band 1, Hermeneutik I. Mohr Siebeck 2010. Alkuteos vuodelta 1960.
- Galdia, Marcus: Juridisten tekstien kääntäminen erityisesti suomalais-saksalaisen vertailun näkökulmasta. LM 1/2003 s. 3–22.
- Glenn, H. Patrick: Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law. 5th edition. Oxford University Press 2014.
- Greenawalt, Kent: The Cultural Defense. Sivut s. 153–176 teoksessa Criminal Law and Cultural Diversity (toim. Will Kymlicka, Claes Lernestedt ja Matt Matravers). Oxford University Press 2014.
- Gropengießer, Helmut: Bericht über die Diskussion zum Thema ”Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”. Sivut 221–231 teoksessa Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick (toim. Albin Eser, Winfried Hassemer ja Björn Burkhardt). C. H. Beck 2000.
- Gropp, Walter: Theorie und Praxis – oder: Not macht erfinderisch. Sivut 981–998 teoksessa Festschrift für Thomas Fischer (toim. Stephan Barton, Ralf Eschelbach, Michael Hettinger, Eberhard Kempf, Christoph Krehl ja Franz Salditt). C. H. Beck 2018.
- Gräns, Minna: Decisio juris. Iustus, Uppsala, 2013.
- Gräns, Minna: Allmänt om användningen av andra vetenskaper inom juridiken. Sivut 429–442 teoksessa Juridisk metodlära (toim. Maria Nääv ja Mauro Zamboni). Studentlitteratur 2018. Andra upplagan.
- Gössel, Karl Heinz: Entscheidungen – Strafrecht, Beschluß des OLG Stuttgart v. 21. 11. 1996 – 1 Ws 166/96. JR 12/1997 s. 517–521.
- Hahto, Vilja: Rikosoikeustiede ja oikeusvertailu. LM 8/2001 s. 1290–1308.
- Hahto, Vilja: Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteikijän vastuu. Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Edita 2004.
- Hahto, Vilja: Tuottamus vahingonkorvausoikeudessa. WSOYpro 2008.
- Hakamies, Kaarlo: Maksukyvyttömyys ja taloudellinen hyöty rikosoikeudessa. Helsingin yliopisto 2012.
- Halila, Heikki – Timonen, Pekka: Näin meistä tuli oikeustieteen tohtoreita. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Halila, Heikki: Oikeustieteellinen väitöskirja ennen ja nyt. LM 7–8/2015 s. 1108–1130.
- Halila, Heikki: Oikeustieteen laatu ja akateemiset käytännöt. LM 6/2019 s. 783–786.
- Hallberg, Pekka: Oikeuden ja vallan solmuja. WSOY cop., Helsinki, 2011.
- Halttunen, Rauno: Oikeudellisesta ratkaisusta joustavien oikeusnormilausekkeiden soveltamisalueella. Lapin yliopisto, Rovaniemi, 1993.
- Halttunen, Rauno: Aski Työmiestä ja Pectus-pastilleja. Sivut 387–389 teoksessa Näin meistä tuli oikeustieteen tohtoreita (toim. Heikki Halila ja Pekka Timonen). Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Hankamäki, Jukka: Dialoginen filosofia. Teoria, metodi ja politiikka. 2. uudistettu painos. Books on Demand 2008.
- Hart, H. L. A.: The Concept of Law. Clarendon Law Series. 3rd Edition. Oxford University Press 1992. Alkuteos vuodelta 1961.
- Heinonen, Olavi: Henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia koskevat uudet säännökset. DL 1969 s. 332–352.

- Heinonen, Olavi: Ihmisoikeudet oikeuslähteenä. LM 5/1990 s. 501–505.
- Helenius, Dan: Straffrättslig jurisdiktion. Suomalainen lakimiesyhdistys 2014.
- Helenius, Dan: Rikosoikeudellinen toimivaltaoikeus. LM 7–8/2015 s. 1142–1146.
- Helin, Markku: On the Semantics of the Interpretative Sentences in Legal Dogmatics. Oikeustiede–Jurisprudentia 1983 s. 63–88.
- Helin, Markku: Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalainen lakimiesyhdistys 1988.
- Helin, Markku: Kieli oikeustodellisuuden rakentajana. LM 6–7/1998 s. 1027–1036.
- Helin, Markku: Perusoikeuksilla argumentoinnista. Sivut 11–30 teoksessa Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952 – 9/6 – 2012 (toim. Martti Kairinen, Leena Kartio, Heikki Kulla ja Eva Tammi-Salminen). Turun yliopisto 2012.
- Helin, Markku: Kirjallisuutta. Anna Mäki-Petäjä-Leinonen: Ikääntymisen ennakointi. LM 3/2014 s. 478–483.
- Helin, Markku: Oikeustiede ja tutkimusetiikka. LM 6/2015 s. 787–810.
- Helin, Markku: Siviilioikeuden tutkimusmetodit itsenäisessä Suomessa – matka käsitelainopista mihin? LM 7–8/2017 s. 894–907.
- Helin, Markku: Oppikirja aikuisten suojelusta. LM 7–8/2018 s. 1084–1085.
- Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista. Kauppakaari 1998.
- Henkel, Heinrich: Die ”praesumptio doli” im Strafrecht. Sivut 578–601 teoksessa Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag (toim. Paul Bockelmann ja Wilhelm Gallas). Vandenhoeck & Ruprecht 1961.
- Herzberg, Rolf Dietrich: Wann ist die Strafbarkeit ”gesetzlich bestimmt” (Art. 103 Abs. 2 GG)? Sivut 31–69 teoksessa Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag (toim. Roland Hefendehl, Wilfried Bottke ja Bernd Schünemann). Heymanns Verlag GmbH 2005.
- Hidén, Mikael: Vastaväittäjän lausunto Martin Scheininin väitöskirjasta. LM 1992 s. 274–285.
- Hiidenmaa, Pirjo: Oikeuden tutkimus ja kieli. LM 5/2011 s. 1014–1020.
- Hilgendorf, Eric: Wozu brauchen wir die ”Objektive Zurechnung”? Skeptische Überlegung am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung. Sivut 33–48 teoksessa Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag (toim. Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf ja Wolfgang Mitsch). Giesecking Verlag 2004.
- Hilgendorf, Eric: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 4: Leben und Werk (toim. Eric Hilgendorf). De Gruyter 2010.
- Hilgendorf, Eric: Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen. Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts. Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 4: Leben und Werk (toim. Eric Hilgendorf). De Gruyter 2019.
- Hirsch, Hans Joachim: Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel. Sivut 399–427 teoksessa Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln. Carl Heymanns Verlag KG 1988.
- Hirsch, Hans Joachim: Zur Lehre von der objektiven Zurechnung. Sivut 119–142 teoksessa Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag (toim. Albin Eser, Ulrike Schittenhelm ja Heribert Schumann). C. H. Beck 1998.
- Hirvonen, Ari: Abolitionismen förförs av det post-moderna. Från subversion till polymorfi (och tillbaka?) Retfærd 1990 s. 67–81.
- Hirvonen, Ari: Alkusanat ja Miksi ei rikosoikeus! Abolitionismi vaihtoehtona rankaisemiselle. Sivut 1–3 ja 83–114 teoksessa Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopisto, Helsinki, 1994.
- Hirvonen, Ari: Oikeuden käynti. Antigonon laki ja oikea oikeus. Loki-kirjat, Helsinki, 2000.

- Hirvonen, Ari: Katseen kutsuminen. Caravaggio lain, yhteisön ja teoksen rajoilla. Oikeus 3/2004 s. 256–276.
- Hirvonen, Ari: Rikosoikeuden legitiimisydestä. Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII (2006) s. 51–66.
- Hirvonen, Ari: Marxilaista oikeustiedettä etsimässä. Oikeus 4/2018 s. 332–337.
- Hirvonen, Ari: Ihmisoikeuksien politiikka: yhteisymmärryksestä erimielisyyteen. Sivut 159–171 teoksessa Mitä oikeudet ovat? Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia (toim. Maija Aalto-Heinilä ja Visa Kurki). Gaudeamus, Helsinki, 2019.
- Honig, Richard: Kausalität und objektive Zurechnung. Sivut 174–201 teoksessa Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, 16. August 1930. Band I (toim. August Hegler). Verlag von J. C. B. Mohr 1930.
- Honkasalo, Brynolf: Sovitusrangaistuksen soveltuvaisuus kriminaalipoliittisiin tarkoituksiin. DL 1937 s. 45–57.
- Honkasalo, Brynolf: Rikosoikeus ajan poliittisten ja sosiaalisten katsomusten ristiaallokossa. DL 1943 s. 155–176.
- Huomo-Kettunen, Merita: Tupakkakriminalisoinnit rikoslain kokonaisuudistusperiaatteiden ja laillisuusperiaatteen valossa. Oikeus 1/2011 s. 25–44.
- Huovila, Mika: Periaatteet ja perustelut. Tutkimus kärjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Huovila, Mika: Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa. Sivut 13–99 teoksessa Rikostuomion perusteleminen (toim. Mika Huovila ja Raimo Lahti). Helsingin hovioikeus 2005.
- Hurri, Samuli: Dialogi. Oikeus 3/2001 s. 391–392.
- Hurri, Samuli: Kirjallisuutta. Hannu Tolonen: Oikeuslähdeoppi. LM 2/2004 s. 352–355.
- Hurri, Samuli: Michel Foucault: jossakin toisessa ruumiin ja nautinnon taloudessa. Sivut 191–229 teoksessa Yhteiskuntateorioiden oikeus (toim. Toomas Kotkas ja Susanna Lindroos-Hovinheimo). Tutkijaliitto, Helsinki, 2010.
- Hurri, Samuli: Birth of the European Individual. Law, Security, Economy. Routledge 2014.
- Husa, Jaakko: Hermeneuttinen filosofia ja lainopin tieteenteoria. LM 7/1997 s. 999–1031.
- Husa, Jaakko: Perusoikeudet valtiosääntöoikeudessa ja valtiosääntöoikeustieteessä. Sivut 273–311 teoksessa Perusoikeudet Suomessa (toim. Liisa Nieminen). Kauppakaari 1999.
- Husa, Jaakko: Perusoikeudet ja kerettiläisyys. Oikeus 1/2000 s. 136–142.
- Husa, Jaakko: Non liquet? Vallanjako, perusoikeudet, systematisointi. Oikeuden ja politiikan välisiä rajankäyntejä. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki, 2004.
- Husa, Jaakko: Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – ”oikeaa oikeusvertailua”? LM 5/2010 s. 700–718.
- Husa, Jaakko: Oikeusvertailu. Teoria ja metodologia. Lakimiesliiton kustannus 2013.
- Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille. Kauppakaari 2001.
- Husabø, Erling Johannes: Straffansvarets periferi. Medverking, forsøk, forebuing. Universitetsforlaget 1999.
- Husabø, Erling Johannes: Pre-aktiv strafferett. Tidsskrift for strafferett 1/2003 s. 97–106.
- Husak, Douglas: ”Broad” Culpability and the Retributivist Dream. Ohio State Journal of Criminal Law. Vol 9:449 (2012) s. 449–485.
- Husak, Douglas: Ignorance of Law. A Philosophical Inquiry. Oxford University Press 2016.
- Hyttinen, Tatu: Syytön tai syyllinen. Tutkimus syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta. Suomalainen lakimiesyhdistys 2015.

- Hyttinen, Tatu: Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa? DL 6/2016 s. 916–933.
- Hyttinen, Tatu: Rikosnormatiivisen osaamisen parantaminen edistämällä opiskelijoiden tietoteoreettisia valmiuksia. LM 2/2019 s. 139–168.
- Häkkinen, Kaisa: Nykysuomen etymologinen sanakirja. 1. painos. WSOY 2004.
- Hämäläinen, Tomi: Sokrateen vaikutus oikeuksien kehityshistoriaan. Sivut 33–48 teoksessa *Mitä oikeudet ovat? Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia* (toim. Maija Aalto-Heinilä ja Visa Kurki). Gaudeamus, Helsinki, 2019.
- Härkönen, Heidi: Fashion Law’n synty, ydin ja ongelmat. Lapin yliopisto 2013.
- Häyhä, Juha: Johdanto. Sivut 15–34 teoksessa *Minun metodini* (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Impola, Kaj-Henrik: Peter L. Berger ja Thomas Luckmann – todellisuus ja oikeus. Sivut 45–87 teoksessa *Yhteiskuntateorioiden oikeus* (toim. Toomas Kotkas ja Susanna Lindroos-Hovinheimo). Tutkijaliitto, Helsinki, 2010.
- Jaatinen, Heikki: Oikeushenkilön rangaistusvastuu. Lakimiesliiton kustannus 2000.
- Jakobs, Günther: Das Fahrlässigkeitsdelikt. Sivut 6–45 teoksessa *Deutsche Landesberichte zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974* (Beiheft zur Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft). Sektion V (toim. Hans-Heinrich Jescheck). Walter de Gruyter 1974.
- Jakobs, Günther: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Auflage. De Gruyter 1991.
- Jakobs, Günther: Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR? GA 1/1994 s. 1–19.
- Janik, Allan – Toulmin, Stephen: Wittgenstein’s Vienna. Touchstone 1973.
- Jareborg, Nils: Handling och uppsåt. En undersökning rörande doluslärans underlag. Norstedt 1969.
- Jareborg, Nils: Två sorters culpa. NTfK 1977 s. 219–248.
- Jareborg, Nils: Brotten I. Grundbegrepp, brotten mot person. Norstedt, Stockholm, 1979.
- Jareborg, Nils: Uppsåt och oaktsamhet. Iustus förlag 1986.
- Jareborg, Nils: Uppsåt och klander. Varför är ett uppsåtligt brott mer straffvärt än ett oaktsamhet. SvJT 1988 s. 722–749.
- Jareborg, Nils: Straffrättsideologiska fragment. Iustus, Uppsala, 1992.
- Jareborg, Nils: Straffrättens ansvarslära. Iustus förlag 1994.
- Jareborg, Nils: Vilken sorts straffrätt vill vi ha? – Om defensiv och offensiv straffrättspolitik. Sivut 19–37 teoksessa *Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten* (toim. Dag Victor). Norstedts juridik 1995.
- Jareborg, Nils: Allmän kriminalrätt. Iustus 2001.
- Jareborg, Nils: Vad är en princip? Teoksessa *Festskrift till Åke Frändberg* (toim. Anders Fogelklou ja Torben Spaak). Iustus 2003.
- Jareborg, Nils: Rättsdogmatik som vetenskap. SvJT 2004 s. 1–10.
- Jareborg, Nils: Inkast i straffområdet. Iustus 2006.
- Jareborg, Nils: Mening, värde och rationalitet. Cuvée 1974 i ny tappning. De lege, Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok. Iustus förlag AB 2008. Alkuteokset vuosilta 1974 (Begrepp och brottsbeskrivning) ja 1975 (Värderingar). (1974–1975/2008)
- Jareborg, Nils: Bedömning av vetenskaplig kvalitet i rättsdogmatiken. Teoksessa *Ikke kun straf: Festskrift til Vagn Greve* (toim. Thomas Elholm). Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2008. (2008)
- Jareborg, Nils: Kognitionspsykologi och straffrättsligt ansvar. Sivut 9–108 teoksessa *Tanke och uppsåt* (Nils Jareborg ja Magnus Ulväng). Iustus 2016.

- Jescheck, Hans-Heinrich: Uusi rikosoppi ja sen käytännön merkitys Saksan liittotasavallassa. LM 1986 s. 468–484.
- Jescheck, Hans-Heinrich – Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Auflage. Duncker & Humblot 1996.
- Jokela, Antti: Vastaväittäjän lausunto Timo Saranpään väitöskirjasta. LM 2/2011 s. 434–442.
- Jonkka, Jaakko: Syytekyynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen lakimiesyhdistys 1991.
- Juntunen, Hannu: Oikeuden teologinen teoria. Oikeus 2/2006 s. 200–224.
- Juntunen, Hannu: Oikeus, usko ja yhteinen sopimus. Oikeusteologisia tutkielmia ja pohdintoja. (https://tuhat.helsinki.fi/ws/portalfiles/portal/46503647/Oikeus_Usko_ja_Yhteinen_sopimus_ISBN_978_952_93_5064_3.pdf) 2015.
- Juntunen, Hannu: Oikeuden teologinen paradoksi – oikeusteologisen ajatusmallin hahmottelua. Oikeus 1/2019 s. 79–86.
- Juusela, Janne: Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa. DL 4/2018 s. 449–467.
- Juva, Kersti: Löytöretki suomeen. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2019.
- Jyräntä, Antero: Teesejä juridiikasta ja juristeista. LM 1/1969 s. 880–892.
- Jyräntä, Antero: Toiset työt, toiset menet. Sivut 74–89 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Jyräntä, Antero: Valta ja vapaus. Valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. Talentum 2003.
- Kahlo, Michael: Überlegung zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Methode strafrechtlicher Begriffsbildung. Sivut 249–273 teoksessa Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag (toim. Michael Hettinger, Thomas Hillenkamp ja Michael Köhler). C. F. Müller 2007.
- Kaisto, Janne: Lainoppi ja oikeusteoria. Oikeusteorian perusteista aineellisen varallisuus-oikeuden näkökulmasta. Edita 2005.
- Kallio, Heikki: Kieltoerehdyssäännös ja sen soveltaminen korkeimmassa oikeudessa. Edilex 2016/9, julkaistu 12.5.2016.
- Kallio, Heikki: KKO 2018:58. Vakiintunut käytäntö ja tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen. Kokoelmassa KKO:n ratkaisut kommentein 2018:II. Alma Talent, verkkokirjahylly (vierailtu 30.9.2020). (2018a)
- Kallio, Heikki: KKO 2018:90. Laiminlyönti tuottamuksellisena virkavelvollisuuden rikkomisena. Kokoelmassa KKO:n ratkaisut kommentein 2018:II. Alma Talent, verkkokirjahylly (vierailtu 30.9.2020). (2018b)
- Kallio, Heikki: KKO 2019:106. Tappotahallisuus. Kokoelmassa KKO:n ratkaisut kommentein 2019:II. Alma Talent, verkkokirjahylly (vierailtu 30.9.2020).
- Kamppinen, Matti – Pöyhönen, Juha: Vastaväittäjän lausunto Petter Kavoniuksen väitöskirjasta. LM 1/2004 s. 165–174.
- Kangas, Urpo: Minun metodini. Sivut 90–109 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Kangas, Urpo: Oikeustieteen opetus ja jatkokoulutus 1900–2000. Sivut 13–170 teoksessa Oikeustiede Suomessa 1900–2000 (toim. Urpo Kangas). Werner Söderström lakitieto 1998.
- Kannisto, Heikki: Ymmärtäminen, kritiikki ja hermeneutiikka. Sivut 303–435 teoksessa Nykyaajan filosofia (toim. Ilkka Niiniluoto ja Esa Saarinen). WSOY 2002.
- Kant, Immanuel: Arvostelukyvyyn kritiikki. Suomentajana Risto Pitkänen. Gaudeamus 2018. Alkuteos vuodelta 1790.
- Kantola, Antero: Finaalisista selityksistä ja tuottamuksesta. Sivut 6–21 teoksessa Tuottamukselliset rikokset: rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsingin yliopisto 1976.

- Karhu, Juha: Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. LM 5/2003 s. 789–807.
- Karhu, Juha: Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähdeoppi. Sivut 25–38 teoksessa Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen 2005 (toim. Jyrki Tala ja Kauko Wikström). Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2005.
- Karhu, Juha: Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället. JFT 3–4/2009 s. 351–362.
- Karhu, Juha: Oikeustieteilijä lain dramaturgina. Sivut 144–160 teoksessa Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019 (toim. Dan Frände, Dan Helenius, Heli Korkka, Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä ja Sakari Melander). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki, 2019. (2019a)
- Karhu, Juha: Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä. LM 7–8/2019 s. 1068–1075. (2019b)
- Karlsruher Kommentar: zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. 5. Auflage (toim. Wolfgang Mitsch, Klaus Ellbogen, Jürgen Peter Graf, Anke Hadamitzky, Karl-Heinz Kurz, Joachim Lampe, Hans-Joachim Lutz, Rudolf Rengier, Klaus Rogall ja Lothar Senge). C. H. Beck 2018.
- Kaufmann, Armin: ”Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt? Sivut 251–271 teoksessa Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Band 1 (toim. Theo Vogler, Joachim Herrmann ja Justus Krümpelmann). Duncker & Humblot 1985.
- Kavonius, Petter: Tarpeidenmukainen oikeusperiaateajattelu. Tutkimus oikeusperiaateajattelun viehätysvoiman perusteista. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Kavonius, Petter: Oikeusperiaatteet ja vakavasti otetut oikeudet. LM 1/2004 s. 95–98.
- Kekki, Klaus: Kieltoerehdys. Sivut 53–74 teoksessa Kirjoituksia rikosoikeudesta (toim. Raimo Lahti ja Essi Kontinen-Di Nardo). Helsingin hovioikeus 2015.
- Kekkonen, Jukka: Tuottamuksen ja tapaturman rajanvedosta – erityisesti tuottamusharkinnassa. Sivut 56–61 teoksessa Tuottamukselliset rikokset: rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsingin yliopisto 1976.
- Kelsen, Hans: Puhdas oikeusoppi. Suomentanut Olli Nikkola. WSOY 1968. Alkuteos vuodelta 1960.
- Kemppinen, Heikki: Korkeimman oikeuden enakkopäätökset rangaistuksen määräämisen oikeuslähteinä. DL 6/2018 s. 869–890.
- Kemppinen, Heikki – Siro, Jukka: Oikeuskäytäntöön viittaaminen korkeimman oikeuden enakkopäätöksissä. LM 5/2018 s. 493–515.
- Kettunen, Merita: Legitimizing the Use of Transnational Criminal Law. The European Framework. Helsingin yliopisto 2015.
- Kierkegaard, Søren: Päätävä epätieteellinen jälkikirjoitus. Filosofian muruihin. Miimis-pateettis-dialektinen kehitemä. Eksistentiaalinen kirjoitelma. Kirjoittanut Johannes Climacus. Julkaissut S. Kierkegaard. WSOY 1998. Suomentanut ja alkusanoja ja selityksiä varustanut Torsti Lehtinen. Alkuteos vuodelta 1846.
- Kimpimäki, Minna: Kansainvälinen rikosoikeus. Kauppakamari 2015. (2015a)
- Kimpimäki, Minna: Myötävaikuttaminen ryhmän tekemään rikokseen – avunantoa, edistämistä, valmistelua vai jotain muuta? DL 4/2015 s. 735–747. (2015b)
- Kindhäuser, Urs: Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale. JURA 9/1984 s. 465–478.
- Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Nomos 2009. (2009a)
- Kindhäuser, Urs: Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik? ZStW 4/2009 s. 954–964. (2009b)
- Kinnunen, Essi: Dopingrikos urheilun ja rikosoikeuden leikkauspisteessä. Suomalainen lakimiesyhdistys 2012.
- Kirjeitä nuorelle tutkijalle – kannanottoja tutkijan arjesta. Suomalaisen tiedeakatemia kannanottoja 3/2011. Mirjami Paso (toim.). Suomalainen tiedeakatemia, Helsinki, 2011.
- Kivistö, Sari – Pihlström, Sami: Sivistyksen puolustus. Miksi akateemista elämää tarvitaan? Gaudeamus 2018.
- Klami, Hannu Tapani: Oikeudellisen ajattelun peruskysymyksiä. Oikeus 3/1978 s. 168–177.

- Klami, Hannu Tapani: Suomen oikeustiedettä 1900-luvulla. Turun yliopisto 1981.
- Klami, Hannu Tapani: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopisto 1983.
- Klami, Hannu Tapani: Vastaväittäjän lausunto Hannu Tolosen väitöskirjasta. LM 1985 s. 259–270.
- Klami, Hannu Tapani: Tietokone ja oikeuskulttuuri. LM 1986 s. 288–317.
- Klami, Hannu Tapani: Kirja-arvio Dan Fränden väitöskirjasta. LM 1989 s. 406–409.
- Klami, Hannu Tapani: Vastaväittäjän lausunto Jaakko Jonkan väitöskirjasta. LM 1/1992 s. 134–142.
- Klami, Hannu Tapani: Päättösteoria juridisen argumentaation punninnassa. Sivut 151–172 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Klami, Hannu Tapani: Oikeusvertailun erityiskysymyksiä. Yliopistopaino 2000.
- Klami, Hannu Tapani: Oikeus ja moraali. LM 8/2001 s. 1309–1313.
- Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Hatakka, Minna; Dolus Probatu – Proving Criminal Intent. Oikeustiede–Jurisprudentia 1990 s. 94–139.
- Klami, Hannu Tapani – Gräns, Minna – Sorvettula, Johanna: Law and Truth. A Theory of Evidence. Finnish Society of Sciences and Letters 2000.
- Klemetti, Sanna-Maria: Oikeudellisten konstruktioiden kinetiikka. Rakennanalyttinen tutkimus. Itä-Suomen yliopisto, Joensuu, 2014.
- Knuts, Mårten: Kursmanipulation på värdepappersmarknaden. Suomalainen lakimiesyhdistys 2010.
- Koistinen, Jarmo: Hur jämföra finsk och rysk straffrätt när skillnaderna blir allt större och större? JFT 2–4/2017 s. 497–511.
- Koistinen, Tatu: Törkeiden huumausainerikosten rangaistuksen mittaamisesta ratkaisun KKO 2017:9 sekä uudemman oikeuskäytännön valossa. Sivut 111–132 teoksessa Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikosprosessioikeudesta III (toim. Pekka Koponen, Raimo Lahti ja Laura Kallioinen). Helsingin hovioikeus 2020.
- Koivisto, Ida – Rautiainen, Pauli: Oikeuden maailmaan kuviteltu ihminen ja hänen itsemääräämisoikeutensa rajat. Oikeus 4/2018 s. 465–481.
- Koivisto, Ida – Tuomela, Anni: Lainoppineita vai oikeustieteilijöitä? Näkökulmia perustutkimon metodiotuksen kehittämiseen Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Oikeus 3/2012 s. 410–432.
- Koivusalo, Esko: Laki ja Raamattu. LM 1984 s. 1100–1115.
- Kolehmainen, Antti: Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä. Sivut 106–134 teoksessa Oikeustieteellinen opinnäyte: artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta (toim. Tarmo Miettinen). Edita Publishing Oy 2016.
- Kolehmainen, Esa: Tulkinnan taidosta paradoksien linssin läpi katsoen. LM 5/2006 s. 825–837.
- Kolehmainen, Esa: Tulkintateorian saaristossa. Helsingin yliopisto 2018.
- Kolehmainen, Esa: Askel Kelsenistä Dworkinin suuntaan. Edilex 2019/45, julkaistu 23.12.2019.
- Kolehmainen, Esa: Oikeusjärjestelmä, perusoikeudet ja ihmisyyden arvo. Edilex 2020/12, julkaistu 14.4.2020.
- Koponen, Pekka: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki, 2004.
- Korkka, Heli: Liiketoimintarikoksen tuottaman hyödyn mittaaminen. Suomalainen lakimiesyhdistys 2015.
- Korkka, Heli: Syy-yhteystarkastelun rakenne yhtiön johtohenkilön ja tilintarkastajan vahingonkorvausvastuussa. LM 5/2016 s. 691–717.

- Korkka, Heli: Oikeushenkilön toiminnassa tehty rikos ja sen estämisen laiminlyönti – organisaatiohuolimattomuus oikeushenkilön rangaistusvastuun perusteena. LM 3–4/2019 s. 313–336. (2019a)
- Korkka, Heli: Laiminlyönnillä aiheuttamisen hypoteettisuus – kuinka epävarma on tarpeeksi varma? Sivut 183–200 teoksessa Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019 (toim. Dan Frände, Dan Helenius, Heli Korkka, Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä ja Sakari Melander). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki, 2019. (2019b)
- Koskela, Tarja: Optimaalinen eläinsuojelu rikosprosessissa ja julkishallinnossa. Itä-Suomen yliopisto 2017.
- Koskela, Tarja: Törkeä eläinsuojelurikos – vai onko? Edilex 2019/19, julkaistu 31.5.2019.
- Koskenniemi, Lauri: Mielettömyyden määrittelijät – Oikeushistoriallinen katsaus hulluuteen ja asiantuntijuuteen ranskalaisessa ja englantilaisessa rikosprosessissa 1700- ja 1800-luvuilla. Oikeustiede–Jurisprudentia 2018 s. 177–254.
- Koskenniemi, Martti: General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law. Oikeustiede–Jurisprudentia 1985 s. 117–163.
- Koskenniemi, Martti: Tyyli metodina. Sivut 173–188 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Koskenniemi, Martti: The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law, 1870–1960. Cambridge University Press 2002.
- Koskenniemi, Martti: From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument. Reissue With a New Epilogue. Cambridge University Press 2005. Alkuteos vuodelta 1989.
- Koskenniemi, Martti: Kirjallisuutta. Kaarlo Tuori: Oikeuden ratio ja voluntas. LM 1/2008 s. 119–127.
- Koskinen, Pekka: Rikosoikeuden renesanssi Ruotsissa? LM 1970 s. 169–170.
- Koskinen, Pekka: Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisestä silmällä pitäen ideaali- ja reaalikonkurenssin erottelua. Rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys 1973.
- Koskinen, Pekka: Rikoksen yleisestä rakenteesta, erityisesti tuottamuksellisista rikoksista. Sivut 22–33 teoksessa Tuottamukselliset rikokset: rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsingin yliopisto 1976.
- Koskinen, Pekka: Vållandekriminaliseringar i dag och i morgon. NTfK 1977 s. 249–256.
- Koskinen, Pekka: Vaarantamisesta rangaistavuuden perusteena. LM 1984 s. 1116–1141.
- Koskinen, Pekka: Vastaväittäjän lausunto Ari-Matti Nuutilan väitöskirjasta. LM 6/1997 s. 946–954.
- Koskinen, Pekka: Rikosoikeus. Sivut 326–337 teoksessa Oikeustiede Suomessa 1900–2000 (toim. Urpo Kangas). Werner Söderström lakitieto 1998.
- Koskinen, Pekka: Konkurenssiopista kilpaa lainsäätäjän kanssa. Sivut 154–158 teoksessa Näin meistä tuli oikeustieteen tohtoreita (toim. Heikki Halila ja Pekka Timonen). Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Koskinen, Pekka: Rikoksen rakenneopin kehityslinjoja Suomessa Honkasalosta nykypäivään. LM 3/2004 s. 516–520.
- Koskinen, Pekka: Neljä vuosikymmentä rikosoikeutta Porthaniasta katsottuna. LM 3/2007 s. 400–407.
- Kovalainen, Heikki: Esseistisen romaanin moraalifilosofia: Musil, Emerson ja Nietzsche toisenlaisina eetikoina. Sivut 135–149 teoksessa Kirjallisuus ja filosofia. Rinnakkaisuus, risteys, ristiriitoja (toim. Antti Salminen, Jukka Mikkonen ja Joose Järvenkylä). Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2012.
- Kröger, Thomas: Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstrafat: Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie. Duncker & Humblot GmbH 2016.
- Kukkonen, Reima: Velallisen rikokset ja rikosoikeudellinen laillisuusperiaate. Edita 2016.
- Kulmala, Samuli: Nietzsche ja oikeus – yhteiskuntasopimus, pakkovaltaa vai armoa? Oikeustiede–Jurisprudentia 2016 s. 59–111.

- Kundera, Milan: Olemisen sietämätön keveys. Suomentajana Kirsti Siraste. WSOY 1985. Alkuteos vuodelta 1984.
- Kunnas, Tarmo: Nietzsche als Rechtsphilosoph. Oikeustiede–Jurisprudentia 1983 s. 103–110.
- Kurki, Visa: Analytiikan puolesta: Hohfeldin kehikosta perusoikeuksien aikakaudella. LM 3–4/2015 s. 434–458.
- Kurki, Visa: Ei vain oikeuskelpoisuutta – oikeussubjektikäsityksemme ongelmia ja uudelleenarviointia. LM 5/2018 s. 469–492.
- Kurki, Visa: A Theory of Legal Personhood. Oxford University Press 2019.
- Laakso, Seppo: Lainopin teoreettiset lähtökohdat. Tampereen yliopisto, Tampere, 2012.
- Laakso, Seppo: Oikeudellisen argumentoinnin teoria. Sivut 69–84 teoksessa Iura novit curia. Juhlakirja Veijo Tarukannel (toim. Mirjami Paso, Petri Saukko ja Matti Tolvanen). Edita 2013.
- Laasanen, Jari: Abstraktinen vaara – vaarantamisrikoksista hyvinvointivaltion rikosoikeudessa. Oikeustiede–Jurisprudentia 2004 s. 323–383.
- Lacey, Nicola: In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory. The Modern Law Review, Vol. 64 No. 3 (2001) s. 350–371.
- Lacey, Nicola: Space, time and function: intersecting principles of responsibility across the terrain of criminal justice. Criminal Law and Philosophy 1/2007 s. 233–250.
- Lacey, Nicola: In Search of Criminal Responsibility. Ideas, Interests, and Institutions. Oxford University Press 2016.
- Lagerspetz, Eerik: Syyt ja syypäät. Kausaliteetti ja imputaatio Hans Kelsenin oikeusteoriassa. Sivut 201–211 teoksessa Syy (toim. Heta Gylling, Ilkka Niiniluoto ja Risto Vilkkio). Gaudeamus 2007.
- Lahti, Raimo: Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Suomalainen lakimiesyhdistys 1974.
- Lahti, Raimo: Rikollisuus tutkimuksen ja päätöksenteon kohteena. LM 1976 s. 507–546.
- Lahti, Raimo: Vastaväittäjän lausunto Tapio Lappi-Seppälän väitöskirjasta. LM 6/1987 s. 705–720.
- Lahti, Raimo: Mitä uutta rikosoikeustieteessä ja rikosoikeuden yleisissä opeissa? DL 1990 s. 200–220.
- Lahti, Raimo: Uudistuva rikosoikeus. LM 7/1991 s. 845–846.
- Lahti, Raimo: Muuttuva rikosoikeus – uudistuva rikosoikeus. Mistä 2000-luvulla rangaistaan ja minkälaisin edellytyksin. Sivut 5–18 teoksessa Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopisto, Helsinki, 1994.
- Lahti, Raimo: Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. LM 6/1995 s. 935–949.
- Lahti, Raimo: Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus. LM 5–6/1996 s. 930–939.
- Lahti, Raimo: Lääkintäoikeus – kehittyvä uusi tieteenala. LM 6/1997 s. 753–759.
- Lahti, Raimo: Virallisen vastaväittäjän lausunto Matti Tolvasen väitöskirjasta. LM 2/2000 s. 276–286.
- Lahti, Raimo: Rikosoikeuden kehitys Lakimies-aikakauskirjan heijastamana. LM 7–8/2002 s. 1247–1268.
- Lahti, Raimo: Vastaväittäjän lausunto Jussi Tapanin väitöskirjasta. LM 5/2004 s. 929–938.
- Lahti, Raimo: Rikosoikeudellisesta oikeuslähde- ja lainsoveltamisopista. Sivut 100–112 teoksessa Rikostuomion perusteleminen (toim. Mika Huovila ja Raimo Lahti). Helsingin hovioikeus 2005.
- Lahti, Raimo: Vastaväittäjän lausunto Sakari Melanderin väitöskirjasta. LM 3/2009 s. 491–538.
- Lahti, Raimo: Koskisen muistojulkaisussa 2013 (2013a)
- Lahti, Raimo: Kriminaalipolitiikka ja rikosoikeus. Sivut 11–26 teoksessa Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön. Tapio Lappi-Seppälän juhlakirja. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki, 2013. (2013b)
- Lahti, Raimo: Utvecklingslinjer i den finländska straffrättsvetenskapen från 1970-talet till 2010-talet. JFT 2–4/2017 s. 529–546.

- Langer, Winrich: Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts. Duncker & Humblot 1972.
- Langer, Winrich: Die tatbestandsmäßige Strafwürdigkeit. Sivut 107–121 teoksessa Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007 (toim. Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz ja Joerg Brammsen). Heymanns 2007.
- Langford, Malcolm: Critiques of Human Rights. Annual Review of Law and Social Science, Vol. 14, 2018, s. 69–89.
- Lappalainen, Juha: Vastaväittäjän lausunto Jaakko Jonkan väitöskirjasta. LM 1/1992, s. 142–149.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen lakimiesyhdistys 1987.
- Lappi-Seppälä, Tapio: The Doctrine of Criminal Liability and the Draft Criminal Code for Finland. Sivut 214–246 teoksessa Criminal Law Theory in Transition: Finnish and Comparative Perspectives (toim. Raimo Lahti ja Kimmo Nuotio). Suomalainen lakimiesyhdistys 1992.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Miksi rikosoikeus? Sivut 19–82 teoksessa Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopisto, Helsinki, 1994.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio – ja metodi. Sivut 189–218 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I. LM 5/2003 s. 751–788.
- Lappi-Seppälä, Tapio: ”Rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua” – pohdintoja oikeustajun merkityksestä rangaistustason asettelussa. Sivut 222–248 teoksessa Juhlaulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019 (toim. Dan Frände, Dan Helenius, Heli Korkka, Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä ja Sakari Melander). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki, 2019.
- Laufs, Adolf: Persönlichkeit und Recht. Gesammelte Aufsätze. Juristische Zeitgeschichte, Abteilung 4: Leben und Werk. Nomos Verlagsgesellschaft 2001.
- Lavapuro, Juha: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalainen lakimiesyhdistys 2010.
- Lehtimaja, Lauri: Oikeustieteestä käyttö- ja perustutkimuksena. LM 1981 s. 567–600. (1981a)
- Lehtimaja, Lauri: Yleisten ja erityisten oppien tutkimuksesta rikosoikeudessa. Oikeus 1/1981 s. 37–45. (1981b)
- Lehtimaja, Lauri: Suomen linja ja Strasbourgin hyssyttelyt. Oikeus 1987 s. 281–283.
- Lehtimaja, Lauri: Ihmisoikeudet: maailman parannusta vai huononnusta? Oikeus 1988 s. 162–166.
- Lehtimaja, Lauri: Lakimies ja ihmisoikeudet. LM 2/1995 s. 183–192.
- Lehtinen, Torsti: Søren Kierkegaard. Intohimon, ahdistuksen ja huumorin filosofi. Arktinen banaani 2008.
- Lehtonen, Turo-Kimmo: Kuinka oikeutta tehdään? Tiede & Edistys 3/2003 s. 255–260.
- Leipziger Kommentar: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch. Band 1: Einleitung §§ 1–31 (toim. Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan ja Klaus Tiedemann). 12. Auflage. De Gruyter 2007.
- Leppänen, Tatu: Vastaväittäjän lausunto Mika Huovilan väitöskirjasta. LM 1/2004 s. 136–147.
- Lernstedt, Claes: Kriminalisering. Problem och principer. Iustus, Uppsala, 2003.
- Lernstedt, Claes: Dit och tillbaka igen. Om individ och struktur i straffrätten. Iustus förlag cop. 2010.
- Lernstedt, Claes: Straffrättens karta och landskap. Uppsatser i straffrätt och straffrättsfilosofi. Norstedts juridik 2013.
- Letto-Vanamo, Pia: Rättsvetenskap och framsteg – de allmänna lärorna som verktyg för de finska juristerna. JFT 3–4/2009 s. 400–410.
- Letto-Vanamo, Pia: Kansainvälistyvä oikeustutkimus? LM 7–8/2014 s. 1042–1057.
- Lilius, Frans: Tuomarin suhtautumisesta oikeusoppineiden mielipiteisiin. Sivut 315–321 teoksessa Festschrift för presidenten, Jur. Utr. Dr Berndt Julius Grotenfelt. Juridiska föreningen i Finland 1929.

Lindroos-Hovinheimo, Susanna: Oikeus ja vastuu toisesta – näköala oikeuden ja etiikan suhteeseen. Oikeus 3/2007 s. 283–301.

Lindroos-Hovinheimo, Susanna: Despairing Justice and the Ethics of Legal Interpretation. Helsingin yliopisto 2011.

Linna, Tuula: Ihmisoikeudet – valtaaja kansallisilla kentillä. Sivut 137–156 teoksessa Oikeuden avantgarde, Juhlajulkaisu Juha Karhu 1953 – 6/4 – 2013 (toim. Jaakko Husa, Petri Keskitalo, Tuula Linna ja Eva Tammi-Salminen). Talentum 2013.

Linnanmäki, Kirsikka: Tieteidenvälisen tutkimuksen asemointi ja yhteiskunnan osasysteemit. LM 2/2020 s. 182–199.

Luukkonen, Iiro: I svarandens frånvaro. Förenklade brottmålsrättegångar i tingsrätten. Suomalainen lakimiesyhdistys 2012.

Lohse, Mikael: Terrorismirikoksen valmistelu ja edistäminen. Suomalainen lakimiesyhdistys 2012.

Lohse, Mikael: Aktivisti rikosrakenteen sokkelossa. DL 2/2014 s. 178–185.

Luoto, Lauri: Avunannon rangaistavuuden edellytykset. Suomalainen lakimiesyhdistys 2018.

Lupton, Deborah: Sociology and risk. Sivut 11–24 teoksessa Beyond the Risk Society: Critical Reflections on Risk and Human Security (toim. Gabe Mythen ja Sandra Walklate). Open University Press 2006.

Länsineva, Pekka: Perusoikeudet ja Husa. Oikeus 4/1999 s. 435–437.

Länsineva, Pekka: Perusoikeusliike. Sivut 339–355 teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta (toim. Mia Hoffrén, Tatu Hyttinen ja Katja Weckström). Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2011.

Löppönen, Paavo – Vuorio, Eero: Tutkimusetiikka Suomessa 1980-luvulta tähän päivään. Tieteessä tapahtuu 1/2013 s. 3–10.

MacIntyre, Alasdair: Whose Justice? Which Rationality? Duckworth 1988.

Malcolm, Norman: Ludwig Wittgenstein. Muistelmia. Suomentajana Pentti Polameri. WSOY 1990. Alkuteos vuodelta 1984.

Malminen, Toni: The Intellectual Origins of Legal Realism. Helsingin yliopisto 2016.

Manifesto: Manifesto on European Criminal Policy. Julkaistu ensimmäisen kerran ZIS 2009 s. 697–747 ja päivitetty EUCLR 2011 s. 86–103.

Martinsson, Dennis: Om straffrättsvillfarelse. Wolters Kluwer 2016.

Marttunen, Matti: Nuorisorikosoikeudesta. Sivut 123–130 teoksessa Rikosoikeuden muutos 1960-luvulta 2010-luvulle. Pekka Koskisen (1943–2011) muistojulkaisu (toim. Raimo Lahti). Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2013.

Matikkala, Jussi: Tahallisuuden alimmasta asteesta. LM 1991 s. 962–980.

Matikkala, Jussi: Kirjallisuutta. Ari-Matti Nuutila: Rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta. Oikeus 4/1997 s. 422–426.

Matikkala, Jussi: Boganmeldelser. Samuel Cavallin: Skuld. NTfK 3/2001 s. 267–270.

Matikkala, Jussi: Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Suomalainen lakimiesyhdistys 2005.

Matikkala, Jussi: Vastaväittäjän lausunto Sanna Palon väitöskirjasta. LM 3/2010 s. 449–459.

Matikkala, Jussi: Näkökohtia rikoksen valmistelusta. Sivut 229–254 teoksessa Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön. Tapio Lappi-Seppälän juhla kirja (toim. Ville Hinkkanen ja Leena Mäkipää). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2013.

Mattila, Heikki: Vertaileva oikeuslingvistiikka. Kauppakaari Lakimiesliiton Kustannus 2002. (2002a)

Mattila, Heikki: Lakimies-lehti ja oikeuskieli. LM 7–8/2002 s. 1108–1119. (2002b)

Mattila, Heikki: Kirja-arvostelu teoksesta Oikeuden maailma (Ditlev Tamm & Pia Letto-Vanamo). LM 5/2016 s. 854–859.

- McNulty, Tracy: *Psychoanalysis and Law*. Sivut 163–179 teoksessa *The Oxford Handbook of Law and Humanities* (toim. Simon Stern, Maksymilian Del Mar ja Bernadette Meyler). Oxford University Press 2020.
- Melander, Sakari: *The Differentiated Structure of Contemporary Criminal Law*. Sivut 189–206 teoksessa *Festschrift in Honor of Raimo Lahti* (toim. Kimmo Nuotio). Publications of the Faculty of Law University of Helsinki 2007.
- Melander, Sakari: *Kriminalisointiteoria. Rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen lakimiesyhdistys cop., Helsinki, 2008. (2008a)
- Melander, Sakari: *Ihmisarvon muuttuva oikeudellinen merkitys – erityisesti rikosoikeudessa*. Oikeus 2/2008 s. 181–199. (2008b)
- Melander, Sakari: *Rikosoikeus vuonna 2010 – kriminalisointiteoria ja rikosoikeuden nykytila*. LM 7–8/2009 s. 1181–1187.
- Melander, Sakari: *Rikosoikeus ja monikulttuurisuuden haaste*. Haaste 3/2011.
- Melander, Sakari: *Eurooppalaistuva kriminaalipolitiikka*. Sivut 54–77 teoksessa *Suomalainen kriminaalipolitiikka. Näkökulmia teoriaan ja käytäntöön*. Tapio Lappi-Seppälän juhla- ja julkaisu (toim. Ville Hinkkanen ja Leena Mäkipää). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2013. (2013a)
- Melander, Sakari: *Vastaväittäjän lausunto Mikael Lohsen väitöskirjasta*. LM 5/2013 s. 974–982. (2013b)
- Melander, Sakari: *Rikoksen rakenne*. Sivut 69–88 Koskisen muistokirjassa 2013. (2013c)
- Melander, Sakari: *EU-rikosoikeus*. 2. uudistettu painos. Talentum 2015.
- Melander, Sakari: *Rikosvastuun yleiset edellytykset*. Tietosanoma, Helsinki, 2016.
- Melander, Sakari: *Crime, Media and Social Media*. JFT 2–4/2017 s. 450–459.
- Melander, Sakari: *Rikosoikeus kaikkien oikeutena*. LM 5/2018 s. 574–580.
- Melander, Sakari: *Rangaistuskäytäntö ja sen muuttaminen rikosoikeudellisena erityiskysymyksenä*. Sivut 342–370 teoksessa *Juhlaulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019* (toim. Dan Frände, Dan Helenius, Heli Korkka, Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä ja Sakari Melander). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki, 2019.
- Meyer, Frank: *Eine Geologie des Strafrechts*. ZStW 1/2011 s. 1–46.
- Mielityinen, Sampo: *Vahingonkorvausoikeuden periaatteet*. Edita 2006.
- Minkkinen, Panu: *Rikosoikeus, ultima ratio -periaate ja kriittinen oikeusoppi: huomioita oikeudenalan marginaaleista*. LM 5/1992 s. 722–730.
- Minkkinen, Panu: *Kärsimys sivutuotteena eli comment t'aire*, J.-P. Rentto? LM 1/1993 s. 48–49.
- Minkkinen, Panu: *Correct Law. A Philosophy of the Aporetic*. Basileus 1998.
- Minkkinen, Panu: *Why Is Law a Normative Discipline? On Hans Kelsen's 'Normology'*. Res Publica (2005), vol. 11, no. 3, s. 235–249.
- Minkkinen, Panu: *Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä?* LM 7–8/2017 s. 908–923.
- Mitchell, Sandra: *Unsimple Truths. Science, Complexity, and Policy*. University of Chicago Press 2009.
- de Montaigne, Michel: *Esseitä I. Suomentoksen, esipuheen ja selitykset laatinut Renja Salminen*. WSOY 2003. Alkuteos vuosilta 1580, 1588 ja 1595.
- de Montaigne, Michel: *Esseitä II. Suomentoksen ja selitykset laatinut Renja Salminen*. WSOY 2008. Alkuteos vuosilta 1580, 1588 ja 1595.
- de Montaigne, Michel: *Esseitä III. Suomentoksen ja selitykset laatinut Renja Salminen*. WSOY 2015. Aluteos vuosilta 1588 ja 1588–1592.

Muñoz Conde, Francisco: Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? Kommentar. Sivut 199–211 teoksessa *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick* (toim. Albin Eser, Winfried Hassemer ja Björn Burkhardt). C. H. Beck 2000.

Münchener Kommentar: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1: §§ 1–37 StGB (toim. Wolfgang Joecks, Klaus Mießbach ja Bernd von Heintschel-Heinegg). 2. Auflage. C. H. Beck 2011.

Myrsky, Matti: Oikeudellinen ratkaisutoiminta – keskustelu vailla loppua? LM 3/2010 s. 410–416.

Mythen, Gabe – Walklate, Sandra: Preface. Sivut xi–xii teoksessa *Beyond the Risk Society: Critical Reflections on Risk and Human Security* (toim. Gabe Mythen ja Sandra Walklate). Open University Press 2006.

Mähönen, Jukka: Taloustiede lain tulkinnassa. LM 1/2004 s. 49–64.

Mähönen, Jukka: Posnerista, pragmatismista ja elitistisestä demokratiasta. Sivut 99–114 teoksessa *Oikeus – kulttuuria ja teoriaa*. Juhlakirja Hannu Tolonen (toim. Kaj-Henrik Impola, Jyrki Tala ja Kauko Wikström). Turun yliopisto 2005.

Mäkelä, Juha: Sopimus ja erehdys. Sopimusoikeudellinen tutkimus oikeuserehdyksestä valinnanvapauden teorian näkökulmasta. Suomalainen lakimiesyhdistys 2010.

Mäkinen, Virpi – Pihlajamäki, Heikki: The Individualization of Crime in Medieval Canon Law. *Journal of History of Ideas*, Vol. 66, Issue 4 (2005), s. 525–542.

Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: Vastine Markku Helinin kirja-arvosteluun. LM 1/2019 s. 133–134.

Mäntysaari, Petri: Auditorier och retorik. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1/2016 s. 3–42.

Määttä, Tapio: Metodinen pluralismi oikeustieteessä – Ympäristöoikeudellisen tutkimuksen suuntauksia ja menetelmät. Sivut 135–222 teoksessa *Oikeustieteellinen opinnäyte: artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta* (toim. Tarmo Miettinen). Edita Publishing Oy 2016.

Nevalainen, Sami: Kyberrikokset ja Suomen rikosoikeus. DL 2/2019 s. 131–148.

Nielsen, Gorm Toftegaard: Strafferet – Et fag for eliten eller politikerne? – Et essay. JFT 2–4/2017 s. 474–484.

Niemelä, Suv: Suojelu- tai valvontavelvollisuuden laiminlyönnin rangaistavuus. Sivut 221–246 teoksessa *Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikosprosessioikeudesta III* (toim. Pekka Koponen, Raimo Lahti ja Laura Kallioinen). Helsingin hovioikeus 2020.

Niemi, Hanna-Maria: Ihmisarvo ja ihmisoikeudet. Sivut 129–145 teoksessa *Mitä oikeudet ovat? Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia* (toim. Maija Aalto-Heinilä ja Visa Kurki). Gaudeamus, Helsinki, 2019. (2019a)

Niemi, Hanna-Maria: Ihmisarvo perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä. LM 3–4/2019 s. 337–362. (2019b)

Niemi, Matti Ilmari: Fronesi. LM 3/1998 s. 349–363. (1998a)

Niemi, Matti Ilmari: Holismi ja konventionalismi. LM 4/1998 s. 521–538. (1998b)

Niemi, Matti Ilmari: Lainopillisen argumentoinnin kaksi tasoa. LM 5/1998 s. 757–773. (1998c)

Niemi, Matti Ilmari: Lainopillisen tiedon objektiivisuudesta. LM 7–8/2017 s. 950–969.

Nieminen, Liisa: Voiko kirjoittamista opettaa? Oikeus 1/2002 s. 109–112.

Nieminen, Liisa: Tarvittaisiinko Suomessakin valtiosääntötuomioistuin? LM 1/2007 s. 3–24.

Nieminen, Minttu – Kallio, Heikki – Tolvanen, Matti: Seksuaalinen ahdistelu – itsemääräämisoikeus ja tahallisuus. DL 2/2020 s. 149–167.

Nietzsche, Friedrich: Hyvän ja pahan tuolla puolen – Erään tulevaisuuden filosofian alkunäytös. Suomentajana J. A. Hollo, runosuomennokset Toivo Lyly. Kustannusosakeyhtiö Otava 1986. Alkuteos vuodelta 1886.

Nietzsche, Friedrich: Iloinen tiede. “La gaya scienza”. Suomentajana J. A. Hollo, säkeiden suomennokset Aarno Peromies ja Toivo Lyy. Kustannusosakeyhtiö Otava 1989. Alkuteos vuodelta 1882.

Nietzsche, Friedrich: Epäjumalten hämärä – eli Miten vasaralla filosofoidaan. Suomentajana Markku Saarinen. Unio Mystica 1995. Alkuteos vuodelta 1888.

Nietzsche, Friedrich: Näin puhui Zarathustra – Kirja kaikille eikä kenellekään. Suomentajana Jari Tammi. Pikku-idis 2014. Alkuteos vuosilta 1883–1892.

Niiniluoto, Ilkka: Syy-kollokivion avaussanat ja Probabilistinen kausaliteetti. Sivut 9–14 ja 221–236 teoksessa Syy (toim. Heta Gylling, Ilkka Niiniluoto ja Risto Vilkkio). Gaudeamus 2007.

Nissinen, Matti: Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä. Erityisesti laiminlyönti- ja tuottamusvastuun edellytyksistä osakeyhtiössä. Helsingin yliopisto 1996.

Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil (§§ 1–79b) (toim. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann ja Hans-Ulrich Paeffgen). 5. Auflage. Nomos 2017.

Norr, Joonas: Perusoikeudet, kohtuus, hyvä tapa ja sopimusoikeudellisen kokonaisharkinnan kontrolloitavuus. LM 2/2018 s. 177–199.

Norr, Joonas: Perusoikeuksien horisontaalivaikutus sopimusoikeudellisen kohtuuden ja hyvän tavan tulkinnassa. LM 3–4/2019 s. 363–386.

Nousiainen, Kevät: Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ”modernille” ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua. Suomalainen lakimiesyhdistys, 1993.

Nousiainen, Kevät: Kriminaalipolitiikka ja ihmisoikeudet: myötä- vai vastahankaa? Oikeus 2/2018 s. 124–127.

Nuotio, Kimmo: Rikosoikeudesta riskien hallinnan välineenä – ajatuksellista taustaa. LM 7/1991 s. 995–1022. (1991a)

Nuotio, Kimmo: Riskiyhteiskunta vai hyvinvointivaltio? Johdatus Ulrich Beckin teoriaan riskiyhteiskunnasta. Oikeus 1/1991 s. 2–17. (1991b)

Nuotio, Kimmo: Oikeustieteen tutkija oikeuden äärellä. Oikeus 2/1994 s. 172–178. (1994a)

Nuotio, Kimmo: Rikosoikeustutkimuksen arvot ja tehtävät. Sivut 115–128 teoksessa Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopisto, Helsinki, 1994. (1994b)

Nuotio, Kimmo: Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki, 1998.

Nuotio, Kimmo: Tieto, tahto ja oikeudellinen vastuu – perustavien kysymysten äärellä. Oikeus 1/2000 s. 15–35.

Nuotio, Kimmo: Muuttuuko oikeus todella? Oikeuskehityksen syvyys muutoksen vuosikymmenellä. Sivut 11–52 teoksessa Nykyaajan muuttuva oikeus. Justus ry. 10 vuotta (toim. Kimmo Nuotio, Casper Herler ja Johan Boucht). Suomalainen lakimiesyhdistys 2001.

Nuotio, Kimmo: Lainsäätäjä rikosoikeuden yleisten oppien parissa. Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (2003) s. 243–269. (2003a)

Nuotio, Kimmo: Valikoivia huomioita Aulis Aarnion analyyttisestä hermeneutiikasta. Sivut 143–177 teoksessa Oikeusteoreettisia katkelmia (toim. Kimmo Nuotio). Suomalainen lakimiesyhdistys 2003. (2003b)

Nuotio, Kimmo: Oikeuslähteet ja yleiset opit. LM 7–8/2004 s. 1267–1291. (2004a)

Nuotio, Kimmo: Så här blev jag juris doktor. Sivut 181–202 teoksessa Konsten att rättsvetenskap. Den tysta kunskapen i juridisk forskning (toim. Petter Asp ja Kimmo Nuotio). Iustus förlag 2004. (2004b)

Nuotio, Kimmo: Oikeustiede ja viittaamisen etiikka. Niin & näin 2/2005 s. 115–123. (2005a)

Nuotio, Kimmo: Oikeuslähteet, ”supernormistot” ja ratkaisujen perustelu. Sivut 127–152 teoksessa Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen (toim. Jyrki Tala, Kauko Wikström ja Kaj-Henrik Impola). Turun yliopisto 2005. (2005b)

Nuotio, Kimmo: Esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu alaisen tahallista rikoksesta liike-elämässä. Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII (2006) s. 323–356.

- Nuotio, Kimmo: Syy ja syyksilukeminen. Kausaalisuudesta oikeustieteessä, s. 113–130 teoksessa Syy (toim. Heta Gylling, Ilkka Niiniluoto ja Risto Vilkkio). Gaudeamus 2007.
- Nuotio, Kimmo: Rikosoikeuden koherenssi ja fragmentaatio: esimerkkinä järjestäytyneen rikollisuuden määrittely. LM 7–8/2009 s. 1154–1174.
- Nuotio, Kimmo: Kulttuurien kohtaaminen rikosoikeudessa. Oikeus 2/2010 s. 138–145.
- Nuotio, Kimmo: Yhteiskunnan rikosoikeus. Sivut 259–282 teoksessa Oikeuden avantgarde. Juhlajulkaisu Juha Karhu 1953 – 6/4 – 2013 (toim. Jaakko Husa, Petri Keskitalo, Tuula Linna ja Eva Tammi-Salminen). Talentum 2013.
- Nuotio, Kimmo: Between Denial and Recognition: Criminal Law and Cultural Diversity. Sivut 67–88 teoksessa Criminal Law and Cultural Diversity (toim. Will Kymlicka, Claes Lernestedt ja Matt Matravers). Oxford University Press 2014.
- Nuotio, Kimmo: Todennäköisyystahallisuuden tilasta ja tarinasta. LM 7–8/2017 s. 970–991.
- Nuotio, Kimmo – Pihlajamäki, Heikki: Ei – Eikä. Oikeus 1994 s. 398–402.
- Nussbaum, Martha: Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life. Beacon Press 1996.
- Nuutila, Ari-Matti: Syyllisyydestä vastuullisuuteen? Syyllisysteoreettinen tutkimus. Turun yliopisto 1991.
- Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeuden ABC-kirja. Turun yliopisto 1995. (1995a)
- Nuutila, Ari-Matti: Kirjallisuutta. Dan Frände: Allmän straffrätt. LM 1995 s. 485–496. (1995b)
- Nuutila, Ari-Matti: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki, 1996.
- Nuutila, Ari-Matti: Viisi teesiä rikosoikeuden yleisten oppien muutoksista. LM 1/1997 s. 64–70. (1997a)
- Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki, 1997. (1997b)
- Ohisalo, Jussi: Talousrikosprosessin teoriaa ja käytäntöä. Sivut 17–48 teoksessa Uudistuva talousrikosoikeus (toim. Pekka Koponen ja Raimo Lahti). Suomalainen lakimiesyhdistys 2004.
- Oikeusministeriö 2002: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistaminen. Tiivistelmä lausunnoista. Lausuntoja ja selvityksiä 2002:7.
- Oikeusministeriö 2018: Arviomuistio rikoslain viimeaikaisesta kehityksestä ja tulevista kehitystarpeista. Eräät seksuaali-, väkivalta-, rattijuopumus- ja talousrikokset. Mietintöjä ja lausuntoja 2018:7.
- Oikeustieteellisen tutkimuksen tila – Suomen Akatemian asiantuntijaryhmän arvio (päiväty 7.1.1997). LM 7/1997 s. 1122–1136.
- Ojanen, Tuomas: Valtiosääntöoikeus kansainvälistymisen kohteena ja välittäjänä. LM 7–8/2014 s. 937–952.
- Oksanen, Markku: Luontokohteiden oikeudet. Sivut 246–261 teoksessa Mitä oikeudet ovat? Filosofian ja oikeustieteen näkökulmia (toim. Maija Aalto-Heinilä ja Visa Kurki). Gaudeamus, Helsinki, 2019.
- O'Malley, Pat: Criminology and risk. Sivut 43–59 teoksessa Beyond the Risk Society: Critical Reflections on Risk and Human Security (toim. Gabe Mythen ja Sandra Walklate). Open University Press 2006.
- Otto, Harro: Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht. JuS 11/1974 s. 702–710.
- Otto, Harro: Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktstypologien? Überlegung zum Deliktsaufbau. Sivut 53–71 teoksessa Gedächtnisschrift für Horst Schröder (toim. Walter Stree, Theodor Lenckner, Peter Cramer ja Albin Eser). Verlag C. H. Beck 1978.
- Paajanen, Ilona: Onko sika kunnossa? Kotimaisten kielten keskus. Kotus-blogi, 18.10.2016. (https://www.kotus.fi/nyt/kotus-blogi/ilona_paajanen/onko_sika_kunnossa.22133.blog) (vierailtu 24.3.2020).
- Pahlman, Irma: Potilaan itsemääräämisoikeus. Edita 2003.

- Palmén, Harri: Laiminlyöntirikoksista. Tutkimus erityisen toimintavollisuuden merkityksestä laiminlyönnin rankaisemisessa. Helsingin yliopisto 1978.
- Palo, Sanna: Järjestäytyneet rikollisryhmät ja rikosvastuu. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2010.
- Parekh, Bhikhu: Cultural Defense and the Criminal Law. Sivut 104–118 teoksessa *Criminal Law and Cultural Diversity* (toim. Will Kymlicka, Claes Lernestedt ja Matt Matravers). Oxford University Press 2014.
- Paso, Mirjami: Viimeisellä tuomiolla. Suomen korkeimman oikeuden ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkopäätösten retoriikka. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki, 2009.
- Paso, Mirjami: Kirjoitanko, koska muuta en voi? Tieteellisestä kirjoittamisesta ja sen opettamisesta. *Oikeus* 3/2010 s. 299–310.
- Paso, Mirjami: Kirjallisuutta; Tuomion perusteleminen (Virolainen–Martikainen). *LM* 1/2011 s. 209–212.
- Pawlik, Michael: Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? – Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht. Sivut 133–153 teoksessa *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007* (toim. Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz ja Joerg Bramsen). Heymanns 2007.
- Pawlik, Michael: Das Unrecht des Bürgers. Mohr Siebeck 2012.
- Pawlik, Michael: Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre. *Goldammer's Archiv* 2014 s. 369–389.
- Pawlik, Michael: Der Kampf ums Dasein. Innovationen in der Allgemeinen Verbrechenslehre, evolutionstheoretisch betrachtet. Sivut 13–30 teoksessa *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015* (toim. Carl-Friedrich Stuckenberg ja Klaus Ferdinand Gärditz). Duncker & Humblot 2015.
- Pawlik, Michael: Das Strafrecht der Gesellschaft. Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken. Sivut 217–254 teoksessa *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs* (toim. Urs Kindhäuser, Claus Kreß, Michael Pawlik ja Carl-Friedrich Stuckenberg). Mohr Siebeck 2019.
- Perec, Georges: Elämä Käyttöohje. Romaaneja. Suomentajana Ville Keynäs. Loki-Kirjat 2006. Alkuteos vuodelta 1978.
- Pfefferkorn, Fabian: Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht. Duncker & Humblot 2006.
- Pihlajamäki, Heikki: Todistusoikeuden syklinen liike – paluuta legaaliseen todisteluun? *Oikeus* 4/1997 s. 382–386.
- Pirjatanniemi, Elina: Ympäristörikokset. Lakimiesliiton kustannus 2001.
- Pirjatanniemi, Elina: Vihertyvä rikosoikeus. Ympäristökriminalisointien oikeutus, mahdollisuudet ja rajat. Edita, Helsinki, 2005.
- Pirjatanniemi, Elina: Kansainvälistyvä rikosoikeus – rangaistusteoreettisia pohdintoja. *LM* 7–8/2007 s. 1089–1101.
- Pirjatanniemi, Elina: Ihmisoikeudet tulivat – olitko valmis? Sivut 303–318 teoksessa *Oikeuden avantgarde: juhlaulkaisu Juha Karhu 1953 – 6/4 – 2013* (toim. Jaakko Husa, Petri Keskitalo, Tuula Linna ja Eva Tammi-Salminen). Talentum 2013.
- Popper, Karl: The Logic of Scientific Discovery. Routledge, Classics 2002. Alkuteos vuodelta 1959.
- Pullinen, Jouko: Mestarin käden jäljillä. Kuvallinen dialogi filosofisen hermeneutiikan näkökulmasta. Taideteollinen korkeakoulu 2003.
- Puppe, Ingeborg: Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung. 1. Auflage. Nomos-Verlag 2000.
- Puppe, Ingeborg: Strafrechtsdogmatische Analysen. V&R Unipress 2006.

- Puppe, Ingeborg: Der Aufbau des Verbrechens. Sivut 389–402 teoksessa Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007 (toim. Gerhard Dannecker, Winrich Langer, Otfried Ranft, Roland Schmitz ja Joerg Brammsen). Heymanns 2007.
- Puppe, Ingeborg: Strafrecht Allgemeiner Teil, im Spiegel der Rechtsprechung. 2. Auflage. Nomos 2011.
- Puppe, Ingeborg: Das System der objektiven Zurechnung. GA 2015 s. 203–218.
- Putnam, Hilary: The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays. Harvard University Press 2002.
- Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen lakimiesyhdistys 1988.
- Pöyhönen, Juha: Filosofia – minun metodini? Sivut 245–260 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuus oikeus. Lakimiesliiton kustannus 2000.
- Pöyhönen, Juha: Törkeä tuottamus ja vastuun rajoitusehdot. Sivut 73–97 teoksessa Asianajotoimisto Borenus & Kemppinen 90 vuotta. Juhlajulkaisu (toim. Heidi Arvanne-Potrykus). Borenus & Kemppinen 2001.
- Pöyhönen, Juha – Korhonen, Petteri: Kolmannelle aiheutuneen vahingon korvaaminen osana vahingonkorvausoikeuden yleisiä oppeja. Oikeustiede–Jurisprudentia 1996 s. 207–296.
- Raitasuo, Santtu: Verotutkimuksen intressiristiriidat. LM 2/2018 s. 227–239. (2018a)
- Raitasuo, Santtu: Ideologinen tulkinta vero-oikeudessa. LM 3–4/2018 s. 363–386. (2018b)
- Raitasuo, Santtu: Verosuunnittelun tiede? Tapaustutkimus akateemisen verotutkimuksen sidonnaisuuksista. LM 6/2019 s. 695–726.
- Ramm, Thilo: Rechtszeitgeschichte – eine neue Disziplin? JuS 7/1998 s. 587–593.
- Rankinen, Juho: Miten itsekriminointisuojaan tulisi suhtautua rikosoikeuden systematiikan kannalta? Oikeus 2/2013 s. 212–225.
- Rankinen, Juho: Positive Fault Requirements in EU Criminal Law. European Criminal Law Review, Vol. 6, Issue 2 (2016) s. 117–142. (2016a)
- Rankinen, Juho: KKO 2016:58 – Tuottamusopin katvealueilla. Edilex oikeustapauskommentti (julkaistu 9.11.2016). (2016b)
- Rankinen, Juho: Talvivaara – Kainuun käräjäoikeuden tuomio 16/119685. Edilex oikeustapauskommentti (julkaistu 14.6.2016). (2016c)
- Rankinen, Juho: Törkeä tuottamus osana suomalaista syyksiluettavuuden järjestelmää – lainsäädäntöhistoriallinen tutkimus. Oikeustiede–Jurisprudentia 2017 s. 427–510.
- Rankinen, Juho: Om att fråga rätt – den ”faktiska” kausaliteten i straffrätten: ett empiriskt fenomen, en normativ konstruktion eller ett mysterium? JFT 6/2018 s. 437–462.
- Ratamäki, Outi – Tolvanen, Matti: Metsästys ja pyynti; rikosoikeudellinen tulkinta ja rikoskonkurrensi. DL 2/2018 s. 167–182.
- Ratzinger, Joseph: Jesus von Nazareth – Erster Teil: von der Taufe im Jordan bis zur Verklärung. Herder 2007.
- Rautiainen, Pauli: Taiteellinen alibi: ilmaisorikoksen taiteellinen luonne sen rangaistavuuden poistavana tekijänä. Oikeus 2/2010 s. 244–253.
- Rautio, Jaakko – Frände, Dan: Todistelu: oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Edita 2016.
- Rengier, Rudolf: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 9. Auflage. C. H. Beck 2017.
- Renteln, Alison: The Cultural Defense. Oxford University Press. 2004.
- Renteln, Alison: What Do We Have to Fear from the Cultural Defense? Sivut 177–204 teoksessa Criminal Law and Cultural Diversity (toim. Will Kymlicka, Claes Lernestedt ja Matt Matravers). Oxford University Press 2014.

- Rentto, Juha-Pekka: *Prudentia iuris. The Art of the Good and the Just*. Turun yliopisto 1988.
- Rentto, Juha-Pekka: Sananen laista, legitiimiydestä ja demokratiasta. LM 3/1989 s. 353–391.
- Rentto, Juha-Pekka: Elämänmuotojen keskustelua. LM 2/1990 s. 149–166.
- Rentto, Juha-Pekka: Mitä lainoppi onkaan? Aulis Aarnion oikeusteorian filosofisista perusasettamuksista. LM 5/1991 s. 488–515. (1991a)
- Rentto, Juha-Pekka: Lainopin ajatuskulkuja. Juridisen päättelyn malleja Aarniosta Aarnioon. LM 6/1991 s. 717–745. (1991b)
- Rentto, Juha-Pekka: Oikeuden ja vähän kohtuudenkin tähden. Rationaalisesta yksimielisyydestä ja oikeasta ratkaisusta. LM 8/1991 s. 1233–1274. (1991c)
- Rentto, Juha-Pekka: Match or Mismatch? A Study on Ontological Realism and Law. *Ius Gentium* ry 1992. (1992a)
- Rentto, Juha-Pekka: Rankaisemisen (epä)oikeutuksesta. LM 8/1992 s. 1333–1340. (1992b)
- Rentto, Juha-Pekka: Cum mortuis in lingua mortua? LM 3/1993 s. 405–407.
- Rentto, Juha-Pekka: Rättsfilosofi, rätts teori, rättslära, rättsvetenskap? Hårklyverier och gränsdragningar. Retærd nr. 74, 19. årgang 1996 s. 3–16.
- Rentto, Juha-Pekka: Pitäisikö moraalifilosofiaa arvioida liiketoiminnan vai liiketoimintaa moraalifilosofian näkökulmasta? LM 1/2003 s. 111–120. (2003a)
- Rentto, Juha-Pekka: Antigone – En postdiskursiv tolkning till åminnelse av en hellenisk själ. Sivut 103–120 teoksessa Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille (toim. Anne Kumpula ja Ari-Matti Nuutila). Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2003. (2003b)
- Rentto, Juha-Pekka: Laillinen esivalta – puhdas valtio- ja oikeusoppi Lutherin mukaan. LM 5/2012 s. 677–698.
- Riekkinen, Pekka: Ihmis- ja perusoikeudet: onko skepsis mielekästä? Vastaus Aarniolle ja muille, jotka uskovat perusoikeuksien olevan vain ”muoti-ilmiö”. Sivut 171–200 teoksessa Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen (toim. Jyrki Tala ja Kauko Wikström). Turun yliopisto 2005.
- Ritakallio-Rautio, Laura: Monikulttuuristuva rikosoikeus ja kulttuurinen puolustus. LM 3–4/2017 s. 409–430.
- Rotsch, Thomas: Zur Hypertrophie des Rechts, Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ZIS* 1/2008 s. 1–8.
- Rovelli, Carlo: Ajan luonne. Suomentajana Hannu Karttunen. Ursan julkaisuja 2018. Alkuteos vuodelta 2017.
- Roxin, Claus: Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten. *ZStW* 3/1962 s. 411–444.
- Roxin, Claus: Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. Sivut 133–150 teoksessa *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, 3. Januar 1970 (toim. Eberhard Barth). Verlag Otto Schwartz & CO 1970.
- Roxin, Claus: Gedanken zum ”dolus generalis”. Sivut 109–128 teoksessa *Kultur, Kriminalität, Strafrecht. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag am 7.10.1977* (toim. Rüdiger Herren). Duncker & Humblot 1977.
- Roxin, Claus: Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä. LM 3/1989 s. 319–340.
- Roxin, Claus: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. Auflage. C. H. Beck’s Verlagsbuchhandlung 1997.
- Roxin, Claus: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. Verlag C. H. Beck 2006.
- Rudolphi, Hans-Joachim: Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre. *JuS* 12/1969 s. 549–557.
- Röhl, Klaus: Wozu Rechtsgeschichte? *Jura* 4/1994 s. 173–178.

Saarenpää, Ahti: Oikeustieteellisen tutkielman kirjoittamisen peukalosääntöjä. Sivut 269–284 teoksessa Oikeusteorian poluilla. Juhlakirja: professori Rauno Halttunen (toim. Sauli Mäkelä). Lapin yliopisto 2006.

Sahavirta, Ritva: Rahanpesu rangaistavana tekona. Suomalainen lakimiesyhdistys 2008.

Sajama, Seppo: Oikeustieteellisen tutkimuksen lähtökohtia. Sivut 2–23 teoksessa Oikeustieteellinen opinnäyte. Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta (toim. Tarmo Miettinen). Edita 2016.

Salditt, Franz: Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? Kommentar. Sivut 213–220 teoksessa Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick (toim. Albin Eser, Winfried Hassemer ja Björn Burkhardt). C. H. Beck 2000.

Salmiala, Bruno: Rangaistuksesta. Sivut 407–419 teoksessa Suomalainen lakimiesyhdistys 1898 – 22/10 – 1948. Juhlajulkaisu (toim. Aarne Rekola, Tauno Tirkkonen, V. Merikoski ja Ilmari Melander. Suomalainen lakimiesyhdistys 1948.

Salo, Mikko: Töissä tiedeyhteisössä. Sivut 30–37 teoksessa Kirjeitä nuorelle tutkijalle – kannanottoja tutkijan arjesta (toim. Mirjami Paso). Suomalainen tiedeakatemia 2011.

Samuelsson, Joel: Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema. Iustus, Uppsala, 2008.

Sandgren, Claes: Hänvisningar i rättsvetenskapen. JT 1/2005–06 s. 65–87.

Sandström, Marie: Den late, den tyste och den onde – en forskningsprofil för 2000-talet? Sivut 223–238 teoksessa Konsten att rättsvetenskap. Den tysta kunskapen i juridisk forskning (toim. Petter Asp ja Kimmo Nuotio). Iustus förlag 2004.

Santos, Boaventura de Sousa: Law: A Map of Misreading – Toward a Postmodern Conception of Law. Journal of Law and Society, Vol. 14, No. 3 (Autumn, 1987) s. 279–302.

Saranpää, Timo: Näyttöenemmyysperiaate riita-asiaissa. Suomalainen lakimiesyhdistys 2010.

Saranpää, Timo: Casus mixtus cum culpa -periaate osana vahingonkorvausoikeuden järjestelmää. Oikeustiede–Jurisprudentia 2015 s. 270–341.

Satzger, Helmut: Dreimal ”in causa” – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa. JURA 7/2006 s. 513–520.

Satzger, Helmut: International and European Criminal Law. Nomos 2012.

Sauer, Dirk: Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung. Verlag Dr. Kovac 2003.

Scales, Ann: Feminists in the Field of Time. 42 Florida Law Review 95 (1990) s. 95–124.

Scheinin, Martin: Ihmisoikeuksista ja Euroopan neuvostosta. Oikeus 1987 s. 407–412.

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Suomalainen lakimiesyhdistys 1991.

Scheinin, Martin: Ihmisarvon loukkaamattomuus valtiosääntöperiaatteena. Sivut 57–70 teoksessa Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta (toim. Paul Van Aerschot, Paula Ilveskivi ja Kirsi Piispanen). Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos 1998.

Scheinin, Martin: Vastaväittäjän lausunto Juha Lavapuron väitöskirjasta. LM 4/2011 s. 819–828.

Schlüchter, Ellen: Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit. Aspekte zu einem Strafrecht in Europa. EuWi 1996.

Schmidhäuser, Eberhard: Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie. Sivut 231–247 teoksessa Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens (toim. Peter Selmer ja Ingo von Münch). De Gruyter 1987.

Schmitz, Roland: Nullum crimen sine lege und die Bestrafung fahrlässigen Handelns. Sivut 181–198 teoksessa Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson (toim. Wolfgang Joecks, Heribert Ostendorf, Thomas Rönau, Thomas Rotsch ja Roland Schmitz). C. F. Müller GmbH 2010.

Schroeder, Friedrich-Christian: *Die Last des Kommentators. Zum strafrechtlichen Publikationswesen in der Bundesrepublik Deutschland*. Sivut 77–88 teoksessa Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989 (toim. Hans-Heinrich Jescheck ja Theo Vogler). De Gruyter 1989.

Schroeder, Friedrich-Christian: Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung. Sivut 651–669 teoksessa Timētikos tomos gia ton Nikolao K. Andoulakē (Festschrift für Nikolaos K. Andoulakis) (toim. Argyrios Karras). Ekdoseis Ant. N. Sakkoulas Verlag 2003.

Schuhr, Jan: Kann und sollte der ”Allgemeine Teil” noch allgemein sein? Sivut 151–162 teoksessa Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag (toim. Christoph Safferling, Gabriele Kett-Straub, Christian Jäger ja Hans Kudlich). C. F. Müller 2017.

Schultz, Mårten: Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation. Jure Förlag AB 2007.

Schünemann, Bernd: Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte. JA 1975 s. 435–444.

Schünemann, Bernd: Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht. Walter de Gruyter 1978.

Schünemann, Bernd: Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. GA 5/1995 s. 201–229.

Schünemann, Bernd: Über die objektive Zurechnung. GA 1999 s. 207–229.

Schünemann, Bernd: Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. Sivut 1–32 teoksessa Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 (toim. Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Botke, Bernhard Haffke ja Hans-Joachim Rudolphi. De Gruyter 2001.

Schünemann, Bernd: Ein neues Bild des Strafrechtssystems? ZStW 1/2014 s. 1–26.

Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 30. Auflage (toim. Albin Eser). C. H. Beck 2019.

Shachar, Ayelet: Family Matters – Is There Room for ”Culture” in the Courtroom. Sivut 119–152 teoksessa Criminal Law and Cultural Diversity (toim. Will Kymlicka, Claes Lernestedt ja Matt Matravers). Oxford University Press 2014.

Sihvola, Juha: Vastaväittäjän lausunto Ari Hirvosen väitöskirjasta. LM 1/2001 s. 149–152.

Sillanpää, Mika: Kuka lohduttaisi nuorta tutkijaa. Sivut 18–22 teoksessa Kirjeitä nuorelle tutkijalle – kannanottoja tutkijan arjesta (toim. Mirjami Paso). Suomalainen tiedeakatemia 2011.

Siltala, Raimo: Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa I. Oikeus 3/1999 s. 265–285.

Siltala, Raimo: Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa II. Oikeus 4/1999 s. 385–409.

Siltala, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki, 2003.

Siltala, Raimo: Kommentteja kritiikkiin, kritiikkiä kommentteihin. Teoksessa Oikeus ja kritiikki. Forum iuris 2009.

Siltala, Raimo: Kirjallisuutta. Jyrki Virolainen & Petri Martikainen: Tuomion perusteleminen. DL 1/2011 s. 114–117.

Siltala, Raimo: Tutkijan tanssiaskeleet eli oikeustieteellisen tutkimuksen koreografia. Sivut 319–340 teoksessa Oikeuden avantgarde. Juhlajulkaisu Juha Karhu 1953 – 6/4 – 2013 (toim. Jaakko Husa, Petri Keskitalo, Tuula Linna ja Eva Tammi-Salminen). Talentum 2013.

Siltala, Raimo: Vastaväittäjän lausunto Sanna-Maria Klemetin väitöskirjasta. LM 2/2015 s. 310–319.

Siltala, Raimo: ”...ei luonnollisella järjellä vaan keinotekoisella juridisella järjellä ja oikeudellisella arvostelmalla”. Normit ja konstruktiot oikeudellisessa päätelyssä. Oikeustiede–Jurisprudentia 2019 s. 249–307.

Simmler, Monika – Markwalder, Nora: Roboter in der Verantwortung? Zur Neuauflage der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff. ZStW 1/2017 s. 20–47.

Sinn, Arndt: Die Unterscheidung von Unrecht und Schuld und ihre Bedeutung für die Lehre von der Straftat. Sivut 321–338 teoksessa Rechtswissenschaft im Wandel. Festschrift des Fachbereichs

Rechtswissenschaft zum 400 jährigen Grundungsjubilaum der Justus-Liebig-Universität Gießen (toim. Walter Gropp, Martin Lipp ja Heinhard Steiger). Mohr Siebeck 2007.

Sitte, Catharina: Straffvärdebegreppet – sett utifrån ett behandlingsideologiskt och ett nyklassiskt perspektiv. Juridisk tidskrift 1994–95 (nr 4) s. 682–700.

Sjöberg, Sami: Tyhjä kirja puhtaan kokemuksen välittäjänä – valkoisen romaanin poetiikkaa. Sivut 119–134 teoksessa Kirjallisuus ja filosofia. Rinnakkaisuuksia, risteyksiä, ristiriitoja (toim. Antti Salminen, Jukka Mikkonen ja Jooe Järvenkylä). Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2012.

Solum, Lawrence: The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection. 61 Southern California Law Review 1735 (1988) s. 1735–1756.

Spaak, Torben: Rättspositivism och juridisk metod. Sivut 47–78 teoksessa Juridisk metodlära (toim. Maria Nääv ja Mauro Zamboni). Studentlitteratur 2018. Andra upplagan.

Stapleton, Jane: Legal Cause: Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences. Vanderbilt Law Review, Vol. 54, Issue 3 (2001) s. 941–1009.

Stolzenberg, Nomi: From Eternity to Here: Divine Accommodation and the Lost Language of Law. Sivut 391–406 teoksessa The Oxford Handbook of Law and Humanities (toim. Simon Stern, Maksymilian Del Mar ja Bernadette Meyler). Oxford University Press 2020.

Stuckenberg, Carl-Friedrich: Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht. Versuch einer Elementarlehre für eine überationale Vorsatzdogmatik. De Gruyter 2007.

Stuntz, William: The Pathological Politics of Criminal Law. Michigan Law Review, Vol. 100, Issue 3 (2001) s. 505–600.

Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha: Suomen vahingonkorvausoikeus. 6. painos. Talentum 2013.

Summa theologiae: Kirjoittaja Tuomas Akvinolainen, valikoiden suomentanut Juha-Pekka Rentto. Gaudeamus 2002. Alkuteos vuosilta 1266–1273.

Sundström, Zacharias: Oikeudenmukainen tuomio. Tuomarin harkinta rikosasiassa. Kansalliset ja kansainväliset vaikutteet tuomarin harkinnassa. Edita 2011.

Sutela, Mika: Arbitrium an decisio. Oikeudellisen päätöksenteon yhtenäisyys yleisissä tuomioistuimissa. Itä-Suomen yliopisto 2016.

Svensson, Erik: Gärningsmannaskap vid fleras deltagande i brott. Iustus 2016.

Syrjänen, Jussi: Oikeudellisen ratkaisun perusteista. Suomalainen lakimiesyhdistys 2008.

Taleb, Nassim Nicholas: Fooled by Randomness. The Hidden Role of Chance in Life and in the Markets. Random House 2016. Alkuteos vuodelta 2001 (päivitetty vuonna 2004).

Taleb, Nassim Nicholas: The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable. Random House 2016. Alkuteos vuodelta 2007 (päivitetty vuonna 2010).

Tamm, Ditlev – Letto-Vanamo Pia: Oikeuden maailma. Näkökulmia oikeuskulttuureihin. Suomalainen lakimiesyhdistys 2015.

Tapani, Jussi: Rikoslainoppi ja teleologia. Sivut 121–144 teoksessa Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille (toim. Anne Kumpula ja Ari-Matti Nuutila). Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2003.

Tapani, Jussi: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys 2004.

Tapani, Jussi: Tuomari ja rikosoikeuden yleiset opit. Oikeustiede–Jurisprudentia 2006 s. 295–397. (2006a)

Tapani, Jussi: Rikosoikeuden yleiset opit tutkimuskohteena. Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII (2006) s. 437–452. (2006b)

Tapani, Jussi: HD och medgärningsmannaskap – vart är vi på väg? JFT 5–6/2008 s. 625–641.

Tapani, Jussi: Vastaväittäjän lausunto Ritva Sahavirran väitöskirjasta. LM 1/2009 s. 172–184.

Tapani, Jussi: Yrittänyttä ei laiteta? Rikoksen yrityksen rangaistavuus. Lakimiesliiton kustannus 2010.

- Tapani, Jussi: Kirjallisuutta. Märten Knutsin väitöskirja. LM 2/2011 s. 456–462.
- Tapani, Jussi: Olisiko nyt sanottu viimeinen sana olosuhdetahallisuuden alarajasta? – KKO 2012:66 ja seksuaalipalvelujen ostamisen rangaistavuus. DL 5/2012 s. 607–619.
- Tapani, Jussi: Rikoksen rakenneoppi – Mihin olemme matkalla? Sivut 431–446 teoksessa Oikeustieteiden moniottelija. Matti Tolvanen 60 vuotta (toim. Altti Mieho). Edita 2016.
- Tapani, Jussi: Vastaväittäjän lausunto Heli Korkan väitöskirjasta. LM 1/2016 s. 173–182.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosvastuu ja sen toteuttaminen. Joensuun yliopisto 2004.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Talentum 2008.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti: Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. 2. uudistettu painos. Talentum, Helsinki, 2013.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Hyttinen, Tatu: Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. 3. uudistettu painos. Alma Talent 2019.
- Thurén, Lauri: Kameli neulansilmästä. Jeesuksen vertaukset puhtaalta pöydältä. Kirjapaja 2015.
- Tiedemann, Klaus: Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts. Sivut 7–20 teoksessa Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 22. Juni 1992 (toim. Gerhard Fezer, Ellen Schlüchter, Dieter Röbner, Gunther Arzt ja Ulrich Weber). Giesecking 1992.
- Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. 3. Auflage. Carl Heymanns Verlag 2010.
- Tiitta, Erkki: Kommentti verotutkimuksen intressiritiriitihin. LM 3–4/2018 s. 480–482.
- Timonen, Pekka: Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi. Oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. LM 5/1989 s. 666–688.
- Timonen, Pekka: Kirjallisuutta. Juha Karhu: Uusi varallisuus-oikeus. LM 6–7/2001 s. 1171–1173.
- Tolonen, Hannu: Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan. Suomalainen lakimiesyhdistys 1984.
- Tolonen, Hannu: Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta. Oikeustiede–Jurisprudentia 1989 s. 333–384.
- Tolonen, Hannu: Oikeus ja sen tulkinnat. Sivut 279–297 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Tolonen, Hannu: Oikeuden tasot ja toiminnot. Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tarkastelua. Oikeus 4/2000 s. 509–523.
- Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi. WSOY lakitieto 2003.
- Tolonen, Hannu: Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Sivut 17–38 teoksessa Oikeuden kaleidoskooppi. Kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta. Suomalainen lakimiesyhdistys 2008. Alkuperäinen artikkeli vuodelta 1988.
- Tolonen, Juha: Empiirisen tiedon käytöstä oikeustieteessä. LM 1976 s. 593–609.
- Tolonen, Juha: Vastaväittäjän lausunto Juha Pöyhösen väitöskirjasta. LM 8/1988 s. 1044–1048.
- Tolonen, Juha: Oikeusvaltio ja kaaos. Oikeus 1/1991 s. 18–25.
- Tolonen, Juha: Suomalaista oikeustiedettä 50 vuotta. Sivut 559–571 teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta (toim. Mia Hoffrén, Tatu Hyttinen ja Katja Weckström). Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2011.
- Tolvanen, Matti: Huolellisuudesta tieliikenteessä. Turun yliopisto 1996.
- Tolvanen, Matti: Tieliikenne-rikokset ja kriminaalipolitiikka. Lakimiesliiton kustannus 1999.
- Tolvanen, Matti: Onko sovitukselle sijaa rationaalisissa ja tavoitteellisissa kriminaalipolitiikassa? Sivut 567–586 teoksessa Väki-valta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utraisen juhla-kirja (toim. Mirva Lohiniva-Kerkelä). Talentum 2006.
- Tolvanen, Matti: Rangaistusteoriasta – mitä ne ovat ja mihin niitä tarvitaan? Oikeus 4/2009 s. 358–379.

- Tolvanen, Matti: Kirjallisuutta. Jussi Tapani: Yrittänyttä ei laiteta? LM 5/2010 s. 912–916.
- Tolvanen, Matti: KKO 2011:102 – Rangaistuksen mittaaminen seksuaalirikoksissa – teon vai tekijän teon jälkeisen toiminnan arvottamista? LM 4/2012 s. 606–613.
- Tolvanen, Matti: Vastaväittäjän lausunto Helena Vihriälän väitöskirjasta. LM 6/2012 s. 996–999.
- Tolvanen, Matti: KKO 2016:95. Pakkotila ja metsästäjän huolellisuusvelvollisuus. Kokoelmassa KKO:n ratkaisut kommentein 2016:II. Alma Talent, verkkokirjahylly (vierailtu 30.9.2020).
- Tolvanen, Matti: Rikosvastuu tieliikenteen automaatiassa. Sivut 447–466 teoksessa Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019 (toim. Dan Frände, Dan Helenius, Heli Korkka, Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä ja Sakari Melander). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki, 2019. (2019a)
- Tolvanen, Matti: KKO 2019:74. Vakava vaara törkeän liikenneturvallisuuden vaarantamisen kriteerinä. Kokoelmassa KKO:n ratkaisut kommentein 2019:II. Alma Talent, verkkokirjahylly (vierailtu 30.9.2020). (2019b)
- Tolvanen, Matti: KKO 2019:98. Laiminlyönti ja lääkärin rikosvastuu. Kokoelmassa KKO:n ratkaisut kommentein 2019:II. Alma Talent, verkkokirjahylly (vierailtu 30.9.2020). (2019c)
- Tontti, Jarkko: Hans-Georg Gadamer – oikeus, traditio ja tulkinta. Sivut 219–238 teoksessa Filosofien oikeus: 2 (toim. Kaisa Mäkelä ja Jarkko Tontti). Suomalainen lakimiesyhdistys 2001.
- Tontti, Jarkko: Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law. Helsingin yliopisto 2002.
- Träskman, Per Ole: De kulpösa brotten. Sivut 64–88 teoksessa Tuottamukselliset rikokset: rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsingin yliopisto 1976.
- Träskman, Per Ole: Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkt i sinnevärlden? Sivut 56–75 teoksessa Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson (toim. Nils Jareborg ja Per Ole Träskman). Iustus 1985.
- Träskman, Per Ole: Föränderligt och oföränderligt inom straffrättens allmänna läror. NTfK 2004 s. 160–179.
- Träskman, Per Ole: Vastaväittäjän lausunto Elina Pirjatanniemen väitöskirjasta. LM 3/2006 s. 481–497.
- Träskman, Per Ole: Miljöstraffrätten. Miljökontroll, miljöbrott och brottspåföljder. Norstedts Juridik 2010.
- Träskman, Per Ole: Skapas det allmänna rättsmedvetandet av att vi är medvetna eller omedvetna. SvJT 2015 s. 428–439.
- Träskman, Per Ole – Utriainen, Terttu: Vastaväittäjien lausunto Harri Vennon väitöskirjasta. DL 1994 s. 741–750.
- Tuori, Kaarlo: Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina. Helsingin yliopisto 1988.
- Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus – itsenäinen oikeudenala? LM 2/1997 s. 171–181. (1997a)
- Tuori, Kaarlo: Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin. Sivut 311–329 teoksessa Minun metodini (toim. Juha Häyhä). Werner Söderström Lakitieto Oy 1997. (1997b)
- Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Werner Söderström Lakitieto Oy, Helsinki, 2000.
- Tuori, Kaarlo: Vastaväittäjän lausunto Veli-Pekka Viljasen väitöskirjasta. LM 5/2001 s. 916–937.
- Tuori, Kaarlo: Mitä oikeastaan teemme perustuslailla? Sivut 66–78 teoksessa Foucault’n oikeus. Kirjoituksia oikeudesta ja sen tutkimisesta. WSOY Lakitieto 2002. Alkuperäinen artikkeli vuodelta 2001.
- Tuori, Kaarlo: Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuuoikeuteen. LM 6/2002 s. 902–913.
- Tuori, Kaarlo: Tuomarivaltio – uhka vai myytti? LM 6/2003 s. 915–943.

- Tuori, Kaarlo: Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota. LM 7–8/2004 s. 1196–1224.
- Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro 2007. (2007a)
- Tuori, Kaarlo: Sivut ??? teoksessa Laki ja rakkaus. Panu Minkkisen 50-vuotisjuhlakirja (toim. Ari Hirvonen ja Pia Sivenius). Loki-Kirjat 2007. (2007b)
- Tuori, Kaarlo: Vastaväittäjän lausunto Jussi Syrjäsen väitöskirjasta. LM 7–8/2008 s. 1261–1282.
- Tuori, Kaarlo: Domstolsväsendets interna styrning i brottmål. JFT 2/2009 s. 101–113.
- Tuori, Kaarlo: Kriminalisoinnin ja dekrimalisoinnin perustuslaillisia reunaehtoja. Sivut 484–494 teoksessa Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019 (toim. Dan Frände, Dan Helenius, Heli Korkka, Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä ja Sakari Melander). Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki, 2019. (2019a)
- Tuori, Kaarlo: Oikeustieteen laatukriteerit. LM 6/2019 s. 787–790. (2019b)
- Tähti, Aarre: Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Suomalainen lakimiesyhdistys 1995.
- Ulväng, Magnus: Culpa i trafiken. Reflektioner kring sex straffrättsliga fall. Iustus 1998.
- Ulväng, Magnus: Om straffrätt och principer. Sivut 149–262 teoksessa Katedralen. Tre texter om straffrätt (Petter Asp, Claes Lernestedt ja Magnus Ulväng). Iustus 2009.
- Ulväng, Magnus: Vastaväittäjän lausunto Mårten Knutsin väitöskirjasta. JFT 4/2010 s. 427–440.
- Ulväng, Magnus: Likgiltighet och uppsåt. Sivut 109–318 teoksessa Tanke och uppsåt (Nils Jareborg ja Magnus Ulväng). Iustus 2016.
- Utriainen, Terttu: Objektiivinen rangaistusvastuu ja syyksiluettavuus. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV (1980) s. 186–203.
- Utriainen, Terttu: Syyllisyys muuttuvana käsitteenä. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskäsitteestä rikoksen rakenteen osana. Suomalainen lakimiesyhdistys 1984.
- Utriainen, Terttu: Rikosten rangaistukset ja muut seuraamukset. 2. painos. Lakimiesliiton Kustannus 1992.
- Utriainen, Terttu: Arvot ja asenteet suomalaisessa kriminaalipolitiikassa. Oikeus 2/2011 s. 263–269.
- Utriainen, Terttu: Straffrätt som eklektiskt rättsområde. JFT 2–4/2017 s. 547–552.
- Uusitalo, Jyrki: The Representation of the Legal System in Legal Dogmatics. Sivut 181–190 teoksessa Reasoning on Legal Reasoning (toim. Aleksander Peczenik ja Jyrki Uusitalo). The Society of Finnish Lawyers 1979.
- Valkama, Maria – Salminen, Antti: Käännös, katkos ja negaatio Hölderlinin ja Hegelin ajattelussa. Sivut 29–60 teoksessa Kirjallisuus ja filosofia. Rinnakkaisuuksia, risteyksiä, ristiriitoja (toim. Antti Salminen, Jukka Mikkonen ja Jooe Järvenkylä). Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2012.
- Vento, Harri: Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Tutkimus konkurssirikoksista historian ja rikosoikeuden yleisten oppien valossa. Suomalainen lakimiesyhdistys 1994.
- van Verseveld, Annemieke: Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes. T.M.C. Asser Press 2012.
- Victor, Dag: Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system. Norstedt 1977.
- Victor, Dag: Rättsmedvetande och straffvärde. Sivut 152–159 teoksessa Förhandlingarna vid Det tjugonionde nordiska juristmötet i Stockholm 19–21 augusti 1981. Del II. Utgivna av den svenska styrelsen 1982.
- Vihriälä, Helena: Tahallisuuden näyttäminen. Helsingin oikeustieteellinen tiedekunta 2012.
- Vikatmaa, Juha: Erehdyksestä. Rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys 1970.
- Viljanen, Mika: Ihmisen identiteetti ja tuottamusarviointi. LM 3/2005 s. 426–451.

- Viljanen, Mika: Bruno Latour antaa oikeuden olla sitä mitä se on. Sivut 377–406 teoksessa Yhteiskuntateorioiden oikeus (toim. Toomas Kotkas ja Susanna Lindroos-Hovinheimo). Tutkijaliitto, Helsinki, 2010.
- Viljanen, Mika: Oikeutta kyborgseille. LM 1/2017 s. 25–50. (2017a)
- Viljanen, Mika: Algoritmien haaste – uuteen aineelliseen oikeuteen? LM 7–8/2017 s. 1070–1087. (2017b)
- Viljanen, Pekka: Lievemman lain periaatteesta. Sivut 511–526 teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta (toim. Leena Kartio, Ari Saarnilehto, Kauko Wikström ja Ari-Matti Nuutila). Turun yliopisto 1991.
- Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSOY lakitieto 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet eri oikeudenaloja yhdistävinä tekijöinä. Sivut 25–38 teoksessa Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus (toim. Veli-Pekka Viljanen). Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2002.
- Virolainen, Jyrki: Vastaväittäjän lausunto (pääosin) Tatu Leppäsen väitöskirjasta. LM 1/1999 s. 115–141.
- Virolainen, Jyrki: Oikeuskirjallisuus oikeuslähteenä ja tuomion perusteluissa. LM 1/2012 s. 3–32.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri: Pro & contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. Talentum 2003.
- Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri: Tuomion perusteleminen. Talentum 2010.
- Vogel, Joachim: Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum. JZ 1/2012 s. 25–31.
- Vormbaum, Thomas: Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte. Juristische Zeitgeschichte, Abteilung 2. Nomos Verlagsgesellschaft 1999.
- Vuorela, Miiikka – Keinänen, Anssi: Oikeuslähteiden rajamailla – eduskunnan valiokunnat laintulkitsijoina. LM 6/2014 s. 775–798.
- Väliaverron, Esa: Tieteen vapauden ja tutkijan sananvapauden ongelmat yhä näkyvämpiä. Tieteessä tapahtuu 4/2019 s. 3–8.
- Wahlberg, Birgitta: Eläinoikeus: Katsaus nykytilaan ja tulevaisuuteen. Oikeus 2/2018 s. 179–198.
- Wahlberg, Lena: Legal Questions and Scientific Answers. Ontological Differences and Epistemic Gaps in the Assessment of Causal Relations. Lund University 2010.
- Wahlberg, Markus: Relatiivisten rangaistusteorioiden kritiikistä Bernerillä ja Ehrströmillä. Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII (2006) s. 509–538.
- Wessels, Johannes – Beulke, Werner – Satzger, Helmut: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 43. neu bearbeitete Auflage. C. F. Müller 2013.
- Whitman, James: Bring back the Glory! Rechtsgeschichte 4/2004 s. 74–81.
- Wikström, Kauko: Kuka tarvitsee oikeuslähteoppia? Sivut 271–286 teoksessa Oikeus – kulttuuria ja teoriaa. Juhlakirja Hannu Tolonen (toim. Jyrki Tala ja Kauko Wikström). Turun yliopisto 2005.
- Wilhelmsson, Thomas: Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik. Kauppakaari 2001.
- Wilhelmsson, Thomas: (Media)Julkinen oikeudenkäynti moraalikeskustelun tilana. Oikeus 3/2002 s. 252–264.
- Wilhelmsson, Thomas: De allmänna lärorna under trycket från rätterns fragmentering och avnationalisering. Retfærd 1/2003 s. 32–49.
- Wilhelmsson, Thomas: Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. LM 2/2004 s. 199–227.
- Wilhelmsson, Thomas – Tuori, Kaarlo: Vastaväittäjien lausunnot Anna Mäki-Petäjä-Leinosen väitöskirjasta. LM 6/2003 s. 1042–1054.

- Wilkinson, Iain: Psychology and risk. Sivut 25–42 teoksessa *Beyond the Risk Society: Critical Reflections on Risk and Human Security* (toim. Gabe Mythen ja Sandra Walklate). Open University Press 2006.
- Wittgenstein, Ludvig: *Tractatus Logico-Philosophicus* eli Loogis-filosofinen tutkielma. Suomentanut Heikki Nyman. WSOY 1971. Alkuteoksena vuoden 1933 *Logisch-philosophische Abhandlung*.
- Wittgenstein, Ludvig: *Philosophical Investigations*. Saksankielestä englantiin kääntänyt G. E. M. Anscombe. Basil Blackwell 1967. Alkuteos vuodelta 1953.
- Wittreck, Fabian: Das Christentum als Fundament des Grundgesetzes? Sivut 1–53 teoksessa *Grundlagen des Grundgesetzes. Geburtstagssymposium für Horst Dreier* (toim. Fabian Wittreck). Duncker & Humblot 2018.
- Wolter, Jürgen: Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum ”Risikoprinzip” von Claus Roxin und zur ”Wesentlichkeit von Kausalabweichungen”. Sivut 3–24 teoksessa *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin* (toim. Enrique Gibernat, Bernd Schünemann ja Jürgen Wolter). Müller 1995. (1995a)
- Wolter, Jürgen: Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem. Sivut s. 3–34 teoksessa *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin* (toim. Bernd Schünemann ja Jorge de Figueiredo Dias). Heymanns 1995. (1995b)
- Wolter, Jürgen: Verjährung, Strafantrag, Wahlfeststellung, Konkurrenzen: strikte Prozessrechtsinstitute in materiellem Gewand. – Gesetzlichkeitsprinzip, Gesetzesalternativität und Großer Senat. GA 2016 s. 316–324.
- Zahle, Henrik: Fra polycentri til omsorg for retfærdighed. SvJT 10/2002 s. 857–872.
- Zahle, Henrik: Fodnoter. Sivut 691–713 teoksessa *Festschrift til Hans Gammeltoft-Hansen* (toim. Arne Fliflet ym.). Jurist- og Økonomforbundet 2004.
- Zila, Josef: Två iakttagelser rörande brottsideologier. Sivut 743–754 teoksessa *Flores juris et legum. Festschrift till Nils Jareborg* (toim. Petter Asp, Carl Erik Herlitz ja Lena Holmqvist). Iustus 2002.
- Zimmerl, Leopold: *Aufbau des Strafrechtssystems*. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1930.